Probleme um den Erbschafts-Erwerb nach dem österreichischen ABGB und dem deutschen BGB

Ein rechtsvergleichender Beitrag im Hinblick auf ein künftiges einheitliches Erbrecht Großdeutschlands

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des juristischen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Gerichtsreferendar
Werner Stückrath
aus Kassel

Marburg 1939
Druck: Hessischer Verlag Karl Euker, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 22. April 1939.

Berichterstatter: Professor Dr. Boehmer.

Mitberichterstatter: Professor Dr. Felgentraeger.

Tag der mündlichen Prüfung: 22. April 1939.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0051

Schrifttum.

v. Anders: Grundriß des Erbrechts (in Fingers Grundrissen des österr. Rechts. Bd. I, 6). Leipzig 1899.

Bartsch: Das österreichische Allgemeine Grundbuchsgesetz. 6. Aufl. 1928

Bauer: Die vernichtbare Erbenstellung und der Nachlaß vor der Annahme. Diss. Kiel 1935.

Berger: Die rechtliche Natur der Verträge auf Ausschlagung einer Erbschaft. Diss. Jena 1914.

Beseler: System des gemeinen Deutschen Privatrechts. 1. Abt. 4. Aufl. Berlin 1885.

Bernhöft: Das Bürgerliche Recht (in Birkmeyers Enzyklopädie 2. Aufl. S. 361 ff.).

— Zur Lehre von den Fiktionen. In „Aus römischem und bürgerlichem Recht" (Festschrift f. E. J. Bekker). Weimar 1907.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, Bd. I–III. 1901, 1903, 1905.

— Erbrecht (in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft) 1930.

Binding: Über die Hauptgrundlagen des künftigen Erbrechts. In Arch. f. ziv. Prax. Bd. 57, S. 399 ff. (1874).

Bingner: Bemerkungen zu dem II. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. In: Sächs. Arch. f. Bürgerl. Recht u. Prozeß, Bd. 5, S. 593 ff.

v. Blume: Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechts. 1913.

Boehmer: Erbfolge und Erbenhaftung. 1927.

— Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben. In: Festgabe „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", III. Bd.

— Erbrecht. 1. Lieferung des Erläuterungswerkes von Staudinger, abgekürzt: Boehm.–Staud. 1937.

— Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts. In Arch. f. zivilistische Praxis, Bd. 144, S. 32 ff.

— Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge. In: Schriften der Akad. f. D. R. Berlin 1938.

Burckhard: Zur Lehre von den juristischen Personen. In: Gruchot, Bd. 18, S. 1 ff.

Chorinsky: Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich. Wien 1877.

Czyhlarz–Nicolo: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 19. Aufl. Wien und Leipzig 1933.

Danzer: Das Bayrische Landrecht. München 1894.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Ehrenzweig: System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts. II. Bd. Wien 1924 (abgek. Ehrenz.).

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Bd. (Erbrecht), 1919, 1920.

Enneccerus–Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. V. Bd., Erbrecht. 1930. 8. Bearbeitung.

Escher: Das Erbrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. 1. Aufl. Zürich 1912.

Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (Bd. I und II), Wien 1911.

H. A. Fischer: Familie und Erbe. 1936.

Friedrichs: Der vorläufige Erbe. Diss. Köln 1937.

Gerber: System des deutschen Privatrechts, neubearb. von Cosack, 17. Aufl. Jena 1895.

Gieseke: Gemeinschaft zur gesamten Hand. In: Rvgl.Hwb. V, S. 761 ff.

Göring: Die sog. Transmissionsfälle im römischen Erbrecht und ihre Bedeutung für die Lehre vom Erbschaftserwerb. Jher. Jahrb. 15, S. 237 ff. (1877).

Hallstein: Anfall der Erbschaft. In: Rvgl.Hwb. II, S. 196.

— Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Ebenda S. 220 f.

— Miterben. Ebenda V, S. 353 f.

Harrasowsky: Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung nach österreichischem im Vergleiche mit gemeinem, preußischem und französischem Recht. Wien 1862.

Hauser: Die Anfechtung der Versäumung der Erbausschlagungsfrist gemäß § 1956 BGB. In: Jher. Jahrb. 65, S. 271 ff.

Heinrichs: Die Rechtsstellung des vorläufigen Erben nach dem BGB. Diss. Erlangen 1929.

Hellmann: Besprechung von Strohals erster Auflage: Das deutsche Erbrecht. In: Krit. V. S. 39, S. 212 ff.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

— Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. In: Festschrift f. F. v. Martitz, S. 157 ff. Berlin 1911.

— System des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. Leipzig 1912.

Hofmann: Zur Lehre von der separtio bonorum. In: Grünh. Ztschr. 8, S. 555 (s. Pfaff–Hofmann).

Hölder: Die Stellung des römischen Erben. In: Ztschr. d. Savigny-Stiftg. Roman. Abt. Bd. 16, S. 221 ff.

— Das Wesen der Erbgründe und der Erbfolge nach römischem Recht. Ebenda Bd. 30, S. 65 ff.

Jörs–Kunkel: Römisches Privatrecht. 1935. In: Kohlrausch–Peters Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.

E. Jung: Bürgerliches Recht. 1931.

Kipp: Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. In: JW 1912, S. 11 ff.

— Das römische Recht. 1931.

v. Kirchstetter: Kommentar z. österr. Allgemein. Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. Leipzig und Wien 1872.

Klang: Kommentar z. Allgem. Bürgerl. Gesetzbuch. II. Bd. Wien 1935, 1. Aufl.

Kommentar der R.G.Räte, V. Bd. 1935. 8. Aufl.

Köppen: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft. In: Jher. Jahrb. 5, S. 125 und Grünh. Z. 6, S. 307.

v. Kräwel: Soll in dem gemeinsamen Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland bestimmt werden, daß der Erbschaftserwerb ipso jure stattfinde? Arch. f. ziv. Prax. Bd. 60, S. 272 (1877).

Krainz: System des österr. Allgemeinen Privatrechts, Bd. II. 3. Aufl. 1900.

Krasnopolski–Kafka: Österreichisches Privatrecht, Bd. V. Erbrecht, Wien 1914, 1. Aufl.

Krüger: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft. In: Grünh. Z. 26, S. 451 ff.

Leinweber: Zur Reform des Erbschaftserwerbes. 1906.

Maenner: Erbrechtliche Anfechtungsfragen. Leipz. Ztschr. 25, S. 506 ff.

Mallachow: Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre (Das Als-ob im jus). München 1922.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
— Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.

Rob. Mayr: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. II. Bd. 1923.
— Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. (In: Stiepels Gesetzsammlung d. tschechoslowakischen Staates.) Reichenberg 1931.

Motive zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtl. Ausgabe.

Mugdan: Die gesamten Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches. V. Bd. 1899.

Ofner: Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österr. Allgemein. Bürgerl. Gesetzbuches. Bd. I und II. Wien 1889.

Pfaff: Über die Materialien. In: Grünh. Z. 2, S. 254 f., 301 f.

Pfaff–Hofmann: Exkurse über österreichisches Allgemeines Bürgerliches Recht. Bd. I und II.
— Kommentar zum österr. Allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 1877.

Pfundtner–Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht (kommentierte Gesetzessammlung).

Pineles (zit. *„Anonymus"*): Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft. Grünh. Z. Bd. 13, 294 und Bd. 14, 1000.

Planck–Flad: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. V. Bd. Erbrecht, 1930, 4. Aufl.

Planitz: Grundzüge des deutschen Privatrechts. (In: Kohlrausch–Kaskelsche Enzyklopädie, 1. Aufl. Berlin 1925.)

Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches. (Achilles–Spahn.) Bd. V, 1899.

Randa: Der Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Recht. Prag 1867.
— Das Eigentumsrecht nach österr. Recht. 2. Aufl. Leipzig 1893.
— Der Besitz nach österr. Recht. 4. Aufl. Berlin 1895.

Ratzenhofer: Recht und Rechtspflege im Lande Österreich. 1938.

Reichel: Aktiv- und Passivprozesse des vorläufigen Erben. In: Festgabe f. Aug. Thon, Jena 1911.

Rintelen: Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen. 1914.

Rohde: Erbschaftsausschlagung durch geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen. ZBlFG 10, S. 783 ff.

P. Roth: Bayrisches Zivilrecht. Bd. 1, *2, 3.* Tübingen 1871, 1872, 1875.

M. Rümelin: Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Leipzig 1901.

Schroeder: Anfechtung der Versäumung der Erbausschlagungsfrist. Diss. Marburg 1934.

Schroeder–v. Künßberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 1932.

Schwarz: Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtszweck. In: Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 35, S. 10 (1910).

Schwarzmann: Die Anfechtung der Annahme der Erbschaft wegen Irrtums. Diss. Erlangen 1936.

v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts. *2.* Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Siber: Haftung für Nachlaßschulden. Berlin 1937.

— Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlaßschulden. In: Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativae Vol. I, p. 986 ff.

— Römisches Recht, II. Bd.: Röm. Privatrecht. 1928.

Sohm: Noch einmal der Gegenstand. In: Jher. Jahrb. 53, S. 375.

Sohm–Mitteis–Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. München–Leipzig 1928.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. V. Bd. 1928, 9. Aufl.

Steinlechner: Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge. Bd. I, II, 1893, 1897.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. V. Bd. 1. und *2.* Aufl. Berlin 1885.

Strohal: Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl. Bd. I und II. 1903.

Stubenrauch: Kommentar zum österr. Allgem. Bürgerl. Gesetzbuch. 8. Aufl. 1902, 1903.

Stützel: Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vorteil eines anderen im BGB. Diss. Erlangen 1911.

Swoboda: Die Aufgaben der Rechtsangleichung der sudetendeutschen Gebiete. In: Ztschr. d. Akad. f. dt. Recht 1938, H. 20, 687.

Touaillon: Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreit. In: Zentr.-Bl. Bd. *28,* S. 101 f., 369 f. Bd. *30,* S. 100 f., 200 f., Bd. *31,* S. 973 f.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Hälfte, 1. Aufl. Berlin und Leipzig 1914.

Vogels: Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen v. 31. 7. 1938.

Wächter: Geschichte, Quellen und Literatur des württemberg. Privatrechts. Abt. 1 und 2, Stuttgart 1839, 1842.

Walker: Internationales Privatrecht. Wien 1921.

Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92, S. 1 ff. (1902).

Wieynk: Die Rechtsnatur und Behandlung der Erbschaftsannahme. Diss. Marburg 1933.

K. Wolff: Grundriß des österr. Bürgerl. Rechts. 1923.

Wroblewski: Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger. Zentrbl. Bd. *23*, S. 257–278, 360–376 und 463–470.

Zachariä-Crome (abgekürzt: Zach-Crome)*:* Handbuch des französischen Rechts. Bd. IV, 1895.

v. Zeiller: Kommentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd., 2. Abt. Wien 1812.

Abkürzungen.

ABGB = Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch.
BGB = Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch.
EO = Exekutionsordnung.
JN = Jurisdiktionsnorm.
KO = Konkursordnung.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RvglHwb. = Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, hrsg. v. Schlegelberger.
VaSt = Patent über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen v. 9. 8. 1854.
ZentrBl. = Österreichisches Zentralblatt f. d. juristische Praxis.
Zstlg. = Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entw. eines BGB, gefertigt im Reichsjustizamt. Bd V, Berlin 1890.
ZstlgBR. = Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entw. eines BGB, gefertigt im Reichsjustizamt. Bd I und II, Berlin 1891.

Gliederung.

A. Vorbemerkungen und Allgemeines.

I. Das ABGB als geltendes Gesetzbuch im Deutschen Reich . . . 13

II. Die Frage des Erbschaftserwerbes und die künftige Rechtsangleichung 15

III. Begriffsbestimmung des „Erbschaftserwerbs“ 16

IV. Die verschiedenen Erwerbssysteme 16

V. Rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Umschau 18

VI. Konsequenzen der verschiedenen Systeme 21

B. Der Erbschaftserwerb nach österreichischem Recht.

I. Darstellung der gesetzlichen Regelung 26

II. Erörterung des Meinungsstreites über den Eintritt des Erwerbs . 37

C. Die einzelnen Probleme um den Erbschaftserwerb im ABGB und BGB (Dogmatischer Teil).

I. Die Verschiedenheiten in scheinbaren Gemeinsamkeiten 59

II. Der „Anfall“ 60

III. Die „Annahme“ 60

1. Form 60

2. Geschäftsfähigkeit 61

3. Fristablauf beim Nichtvollgeschäftsfähigen 63

4. Anfechtbarkeit

a) Das österreichische Recht 67

b) Das deutsche Recht 67

α) Bei ausdrücklicher Annahme 67

β) Bei Annahme durch konkludente Handlung 68

γ) Bei Annahme durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist 71

IV. Die „Ausschlagung“

1. Funktion in den verschiedenen Systemen 79

2. Wirkung bezüglich der Nachberufenen 81

3. Gläubigeranfechtung 83

V. (Als Anhang): Erbenloser Nachlaß; der Fiskus als Erwerber der Erbschaft 86

VI. Die ruhende Erbschaft (hereditas jacens) 90

VII. Der Erbschaftsanspruch (hereditatis petitio) 102

D. Kritik und Ausblick (Rechtspolitischer Teil).

I. Das BGB.

1. Die grundsätzliche Lösung 111

2. Einzelfragen.

a) Gläubigeranfechtung einer Erbschaftsausschlagung . . . 114

b) § 1952 119
c) Die Stellung des vorläufigen Erben (§§ 1959, 1958) 121
d) § 1953.
α) Die sukzessive Delation 121
β) Die Rückwirkung der Ausschlagung 122
II. Das ABGB.
1. Allgemeiner Charakter der Vorschriften über den Erbschaftserwerb 124
2. Kritik der Verlassenschaftsabhandlung und Vorschläge zu ihrer Reform (mit Einschluß der Reformversuche in der ehemaligen Tschechoslowakei) 126
III. Abschließende Gesamtwürdigung 133

Wir sehen aufmerksamer, wenn von uns gefordert wird zu sehen, was unsere Vorgänger gesehen haben. Und es ist immer schon genug, wenn einer sieht, was der andere sah, ob er es gleich vielleicht anders sieht. Was das Denken und Meinen betrifft, so ist über solche Gegenstände ohnehin keine Übereinstimmung zu erwarten.

Goethe in „Mineralogie und Geologie“:
Der Kammerberg bei Eger.

A. Vorbemerkungen und Allgemeines.

I. Das ABGB als geltendes Gesetzbuch im Deutschen Reich.

Wir könnten uns mit dem Goethewort zufrieden geben und es als hinreichende Rechtfertigung ansehen für unser Beginnen, die Frage des Erbschaftserwerbs nach deutschem und österreichischem Recht zu behandeln; denn obwohl jener Problemkreis in beiden Rechtsordnungen vielfach dargestellt und erörtert worden ist, ist doch jede neue, eigene Beschäftigung mit ihm für den Untersuchenden von Nutzen. Schon das Nochmaldurcharbeiten der von unseren Vorgängern bereits eingeschlagenen Gedankengänge verlangt bei einer so verwickelten Materie wie dem Erbrecht aufmerksames juristisches Überlegen und bringt somit Gewinn.

Gleichwohl würde diese Erwägung schwerlich ausreichen, eine neue Arbeit darüber vorzulegen und dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß das Unternehmen noch für andere als den Bearbeiter selbst von Interesse sei.

Es kommt aber für die vorliegende Arbeit ein besonderer Grund hinzu: Es handelt sich um einen Beitrag nicht zu zwei beliebigen Erbrechtsordnungen, sondern zu den geltenden Erbrechtsordnungen des großdeutschen Reiches. Und vor allem ist die genaue Kenntnis der Grundlagen der beiden Erbrechtsordnungen wünschenswert im Hinblick auf eine künftige Rechtsangleichung.

Wenn im folgenden der Abkürzung halber noch vom „österreichischen“ Recht gesprochen wird, so ist dies seit den historischen Ereignissen im Oktober des Jahres 1938 und März 1939 eine formell unzutreffende Ausdrucksweise. Das Recht des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) ist geltendes Recht im Deutschen Reich geworden; nach seinen Bestimmungen regelt sich

das Privatrechtsleben von rund 10 Millionen reichsdeutscher Volksgenossen und etwa 7 Millionen Tschechen des Protektorats[1]). Nach der Rückkehr Deutsch-Österreichs und des deutschen Sudetenlandes ins Reich sind für jene Gebiete nicht sofort die deutschen Gesetze maßgebend geworden, sondern diese werden einzeln und von Fall zu Fall besonders eingeführt[2]). Für das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Gesamtheit ist das nicht geschehen. Es gilt mithin das ABGB weiter.

Dieses aus dem Jahre 1811 stammende und vielfach novellierte Gesetz (s. *Ehrenz*, § 6 I–III) war ja nicht nur das Privatrechtsgesetzbuch Deutsch-Österreichs[3]); es hatte auch Geltung innerhalb der ehemaligen Tschechoslowakei[4]) in den früheren deutschen Bundesländern Böhmen, Mähren, Schlesien[5]), ferner im Hultschiner Kreis und im Gebiet von Feldberg und Weitra[6]).

Bezüglich des Erbrechts als eines Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt hieraus, daß seine Bestimmungen vorerst noch Anwendung finden[7]). Ob dieser Zustand länger andauern wird, oder ob er durch Erlaß des zu erwartenden neuen Erbrechtsgesetzes[8]) in Bälde beendet wird, steht dahin[9]).

---

[1]) Vgl. Art. 12 des Führererlasses betreffend das Protektorat über Böhmen und Mähren v. 16. 3. 1939.

[2]) Vgl. Art. II, III des Gesetzes über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Dt. Reich v. 13. 3. 1938 RGBl. I S. 237 und §§ 5, 7 des Führererlasses üb. d. Verwalt. d. sudetendt. Gebiete v. 1. 10. 1938 (RGBl. I S. 1331), sowie die VO zur vorläufigen Ausübung der Rechtspflege in den sudetendeutschen Gebieten v. 8. 10. 38 (RGBl. I S. 1345). *Swoboda*, Zeitschr. d. Akad. 38, S. 688 ff.

[3]) S. *Klang–Pisko*, I S. 31 über die Fortdauer nach dem Umbruch von 1918.

[4]) Vgl. *Ehrenz*, § 6; *Boehmer–Staud*, I. Kap. § 2, 6.

[5]) Art. 2 d. Gesetzes v. 28. 10. 18 über die Errichtung des selbständigen tschechoslowakischen Staates (abgedr. bei *Rob. Mayr*, Das Allgem. Bürgerl. Gesetzb. S. 24).

[6]) *Klang–Pisko*, I S. 32; IV S. 685; *R. Mayr*, S. 24.

[7]) Abgesehen von d. Vorschriften des Sondergesetzes v. 31. 7. 38 über d. Errichtung v. Testamenten u. Erbverträgen, das auch f. Österreich gilt. (*Pfundt.-Neub.* II b 49 S. 11, *Vogels*, § 49, 1).

[8]) *Pfundt.-Neub.*, II v 49 S. 11; *Hedemann*, Jb. d. Akad. 1936, S. 123.

[9]) Im übrigen hat dies nichts mit den Fragen nach der Geltung der einen oder anderen Erbrechtsordnung zu tun, die sich aus dem Internationalen Privatrecht ergeben. Vgl. Art. 24, 25 EG zum BGB; für Österreich §§ 105, 106 JN, 22, 23 VaSt.

Das deutsch-österr. Nachlaßabkommen v. 5. 2. 27 (RGBl. 1927 II S. 506 f.) brachte in § 3 bereits die wichtige Bestimmung, daß Angehörige des

Wenn auch mit der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reich die österreichische Staatsangehörigkeit weggefallen und in der deutschen Reichsangehörigkeit aufgegangen ist (*Pfundt-Neub.*, I h 22, S. 1), so wird man für die gegenwärtige Übergangszeit die Frage, welche Erbrechtsordnung anzuwenden sei, so anfassen, als bestünden noch zwei verschiedene Staaten, und gemäß den Regeln des Örtlichen Grenzrechts entscheiden. Vgl. auch VO v. 3. 7. 38, § 1 III (RGBl. I S. 790).

II. Die Frage des Erbschaftserwerbes und die künftige Rechtsangleichung.

Gerade das Problem des Erbschaftserwerbs ist ergiebig für eine Arbeit mit rechtspolitischer Zielsetzung; denn wir schneiden damit eine Frage an, die zunächst im allgemeinen sehr umstritten ist und den Gegenstand vieler rechtspolitischer Erörterungen und legislatorischer Überlegungen gebildet hat, und die zum anderen für eine Vorarbeit zur kommenden Rechtsvereinigung in Großdeutschland insofern ein besonders geeignetes Untersuchungsobjekt darstellt, als das ABGB und das BGB in diesem Punkt erhebliche und grundsätzliche Abweichungen aufweisen und der Gesetzgeber sich also darüber klar werden muß, welcher Regelung er hinsichtlich des Gesamtsystems wie auch hinsichtlich spezieller Fragen bei der Neugestaltung den Vorzug geben will[10]).

---

einen Staates in Ansehung des in dem anderen Staate befindlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögens nach dem Recht des Staates beerbt werden, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört hat. Es gilt also auch für das unbewegliche Vermögen nicht mehr das österreichische Gebietsprinzip. Hinterläßt ein deutscher Erblasser ein österreichisches Grundstück, so greift nicht Art. 28 EO ein; es ist vielmehr bezügl. dieses Grundstücks deutsches Erbrecht anzuwenden. Hinterläßt umgekehrt ein österr. Erblasser ein deutsches Grundstück, so ist infolge des Abkommens nicht mehr der Fall der Rückverweisung bezügl. d. Grundstücks gegeben (Art. 27 EG: nämlich Art. 25 EG verweist auf österr. Recht. Dies verweist infolge seines Prinzips der lex rei sitae wieder auf das deutsche); sondern das österr. Erbrecht ist hier anzuwenden. Für die Nachlaßbehandlung sind die Heimatbehörden des Erblassers zuständig (§ 8). (S. *Klang*, § 531 II A; *Staudinger-Raape*, VI 2 S. 736; *Walker*, S. 788 ff. insb. S. 822 ff.).

[10]) Es sei noch darauf hingewiesen, daß nur das sog. gemeine Erbrecht in Betracht gezogen wird. Sondergebiete des Erbrechts (Fideikommisse, Lehen, Stammgüter), insbesondere auch das Bäuerliche Erbrecht (vgl. Reichserbhofge. v. 29. 9. 33, sowie § 781 ABGB und die daraufhin ergangenen Gesetze), werden nicht behandelt.

III. Begriffsbestimmung des „Erbschaftserwerbs".

Es muß zunächst klargestellt werden, was unter dem Erwerb der Erbschaft verstanden werden soll. In beiden Rechten kommt das Wort Erbschaft im Gesetzestext vor. Nach § 1922 DBGB ist Erbschaft „das Vermögen" einer verstorbenen Person. Der § 532 ABGB nennt Erbschaft „die Verlassenschaft in Beziehung auf den Erben", wobei Verlassenschaft den „Inbegriff der Rechte und Pflichten eines Verstorbenen" bedeutet (§ 531 ABGB).

Es soll im folgenden erörtert werden der Erwerb der Erbschaft im gesetzlichen Sinne, also die Frage, wie und wann jemand das „Vermögen", die „Verlassenschaft" erhält. Die genaue Umreißung der Fragestellung ist erforderlich. Legt man nicht die gesetzestechnische Bedeutung der Erbschaft zugrunde, so könnte man auch die Erörterung der allgemeineren Frage erwarten: Wie und wann wird man Erbe?; („Erwerb der Stellung als Erbe", Erwerb der „Erbenschaft"); wenn auch nicht dem Sprachgebrauch entsprechend, so wäre es doch sprachlich möglich, unter Erbschaftserwerb auch dies zu begreifen[11]).

Diese letztere Frage deckt sich aber nicht mit der ersten. Für das deutsche Recht ist die Unterscheidung zwar weniger wichtig; dagegen muß man sie im österreichischen Recht beachten[12]), da, wie später aufgezeigt werden wird, die beiden Tatsachen, Erwerb der „Erbenschaft" und Erwerb der „Erbschaft", auch zeitlich auseinanderfallen und damit in ihrer Unterschiedlichkeit sinnfälliger in Erscheinung treten.

Unsere Fragestellung lautet also: Wie erwirbt ein Berufener seine Erbschaft? Sie lautet nicht: Wie wird ein Berufener Erbe? Und gar nicht wird untersucht: Wie wird jemand zum Erben berufen (durch Gesetz, Testament, Erbvertrag usw.?).

IV. Die verschiedenen Erwerbssysteme.

Der Vermögensübergang ist nach allen Rechtsordnungen gewiß der wichtigste Punkt der Erbfolge[13]). Nach der vorherrschenden,

---

[11]) S. dazu *Hölder*, Savigny Z. Rom. Abt. XVI S. 269, der auf jene Doppelbedeutung schon bei der gemeinrechtlichen hereditas hinweist: «heres-hereditas»; *Binder*, Erbr. § 3 A. I, Rechtsst. d. E. I S. 13.

[12]) Vgl. *Klang-Handl*, § 532 III; *Stubenrauch*, S. 739.

[13]) *Crome*, I § 31 Anm. 6.

aber wohl unzutreffenden[14]) Rechtsmeinung macht er überhaupt den ganzen Inhalt, das Wesen der Erbfolge aus[15]).

An den Erwerb knüpfen sich wichtige Folgen für den Erwerber. Es ist darum das hauptsächlichste gesetzgeberische Problem, der Erbschaft einen Herrn zu geben, ohne den Willen des Berufenen, der diese Folgen nicht tragen und nicht Erbe werden will, zu mißachten.

Je nach der Art des Erwerbs, den eine Rechtsordnung festsetzt[16]), sind die Mittel zur Erreichung jenes Zweckes verschieden. Es sind im wesentlichen die folgenden drei Erwerbssysteme, die im Laufe der rechtsgeschichtlichen Entwicklung Bedeutung erlangt haben:

1. Der Ipso-jure- oder Anfallserwerb. Hier geht die Erbschaft von Gesetzes wegen mit dem Tode des Erblassers auf den Berufenen über. Da der Erbe ohne irgendwelches Zutun den Nachlaß erwirbt, gewährt man ihm ein Recht zur Ausschlagung, durch die er den Erwerb hinfällig machen kann, als wäre er nicht erfolgt. Dieses System hat das BGB in den §§ 1922, 1942, 1953 gewählt.

2. Der Antretungs- oder Aditionserwerb. Der Erbfall macht die Erbschaft zunächst zur „ruhenden Erbschaft". Er bewirkt ihre „Delation", d. i. die Begründung eines Rechtes des Berufenen zur Antretung. Erst die Antretung (aditio) führt zur „Acquisition" der Erbschaft. Damit ist es in den Willen desBer ufenen gestellt, ob er Erbe werden will oder nicht.

3. Der Einweisungserwerb. Der Erbe empfängt den Nachlaß aus den Händen einer Behörde (meist gerichtliche Behörde), die die Verlassenschaft von Amts wegen sofort nach eingetretenem Erbfall in Obsorge nimmt. Erst nach einem vor der Behörde durchgeführten Verfahren wird der Erbe in den Nachlaß eingewiesen. In der Befugnis des Erben, diese Ausfolgung nachzusuchen, findet sein Wille Berücksichtigung. Diesem System folgt das unten[17]) ausführlich dargestellte österreichische Recht.

Als selbständige und eigenartige Lösung sei noch die des englischen Rechts erwähnt, bei der der Erbe gar nicht unmittelbarer Nachfolger wird, sondern die Erbschaft erst durch Übertragung mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden von seiten eines Verwalters

---

[14]) S. darüber bes. *G. Boehmer:* RG Praxis III 247 ff., Erbf. u. Erbenh. S. 106; *Boehmer-Staud.*, § 1922, 95. A. A.: *Endemann*, S. 33/34.

[15]) Mit Annäherung dürfte dies höchstens bezüglich des alten deutschen Rechts zutreffen; dort bestand die Erbfolge im wesentlichen in der „Übernahme des Familienvermögens". S. *v. Schwerin*, S. 294.

[16]) Über die verschiedenen Möglichkeiten s. *Klang*, § 797 I; *Hallstein* in RvglHwb. II S. 196.

[17]) S. 26 ff.

erhält, der als Gesamtnachfolger des Erblassers eintritt[18]) In den kontinentalen Rechtsordnungen hat sie keinen Anklang gefunden.

V. Rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Umschau.

Von den drei angeführten Erbschaftserwerbsformen kann man auf Grund einer rechtshistorischen Rückschau geradezu behaupten, daß es sich bei ihnen um die typischen Erwerbssysteme schlechthin handelt; denn sowohl im römischen wie im deutschen Rechtskreis lassen sie sich in mehr oder minder abgewandelter Gestalt alle drei neben- bzw. nacheinander nachweisen.

Es ist deshalb nur annähernd richtig, wenn etwa der Anfallerwerb als die deutschrechtliche und der Antretungserwerb als die römischrechtliche Lösung bezeichnet wird. Eine genauere Prüfung ergibt, daß dem römischen Recht der Anfallerwerb und wohl auch der Einweisungserwerb nicht fremd waren; und umgekehrt weist das deutsche Recht Erwerbsformen auf, die als Ausfluß des Antretungs- und des Einweisungsprinzips erklärt werden müssen.

Römischer Rechtskreis.

1. Die Hauskinder (sui heredes) und die im Testament eingesetzten und gleichzeitig freigelassenen Sklaven (heredes necessarii) erwerben als heredes domestici die Erbschaft ipso iure; nur können nach prätorischem Recht die sui mittels des ihnen gewährten jus abstinendi die Erbschaft aufgeben, die necessarii mittels Erbittung des beneficium separationis ihr eigenes Vermögen dem Zugriff der Erbschaftsgläubiger entziehen.

2. Die übrigen Erben allerdings (die heredes extranei s. voluntarii) erwerben die Erbschaft erst durch eine Antretungshandlung, also durch eine Willensäußerung (aditio), die ausdrücklich oder stillschweigend vollzogen werden kann. Einer formalen Antrittshandlung bedarf es, wenn der Erblasser in seinem Testament ihre Abgabe binnen bestimmter Frist vorgeschrieben hat (cretio).

3. Und schließlich möchte ich den nach prätorischem Recht möglichen Erbschaftserwerb in Form der bonorum possessio als römischrechtliches Beispiel für einen Einweisungserwerb heranziehen.

Die amtsrechtliche (prätorische) bonorum possessio trat im Laufe der Rechtsentwicklung neben die zivilrechtliche Berufung zur Erb-

---

[18]) S. *RvglHwb.* II 197; *Pringsheim,* Succession in Heinsheimers Sammlung „Die Zivilgesetze d. Gegenwart", Bd. II S. 645 (München, Berlin, Leipzig 1931).

schaft[19]). Bei der in der rechtsgeschichtlichen Wissenschaft noch nicht ganz geklärten Frage über Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio hat man Grundgedanken herausgearbeitet, die gemeinhin für das Einweisungssystem charakteristisch sind[20]).

Zunächst war die b. p. wohl nur dazu bestimmt, dem vermuteten Zivilerben durch die Besitzeinweisung (und den damit verbundenen Rechtsschein) die günstigere Rolle des Beklagten in einem entstehenden Erbschaftsstreit zu sichern, sowie ferner, den an sich ungeregelten Erwerb durch usucapio pro herede zu regulieren. Der Prätor traf die Feststellung über die Besitzlage, indem er die eine der Prozeßparteien als bonorum possessor anerkannte[21]).

Später verlieh der Prätor auch solchen Personen die b. p., die nach Zivilrecht nicht erbberechtigt waren und ergänzte so das Zivilerbrecht. In der Regel wird die b. p. den in dem prätorischen Edikt vorgesehenen Personen ohne jede Erkenntnis über ihr Erbrecht als b. p. edictalis erteilt worden sein. In besonderen Fällen bedurfte es jedoch eines summarischen Prüfungsverfahrens. Dann hieß sie b. p. decretalis.

Man unterschied die b. p. sine re und cum re. Erstere trifft nur eine vorübergehende Regelung; die letztere dagegen gewährleistet den dauernden Besitz der Erbschaft. Cum re war die b. p. z. B., wenn der Eingewiesene zugleich wirklich heres war, oder wenn kein heres und deshalb niemand vorhanden war, der dem Eingewiesenen den Besitz der Erbschaft streitig machen konnte, ferner endlich, wenn der Eingewiesene die Erbschaftsklage des heres durch die exeptio doli abwehren konnte[22]).

In diesen Fällen entstand ein Erbschaftsbesitz, der dem Eingewiesenen materiell die gleiche Stellung verlieh, wie sie dem heres von Zivilrechts wegen zukam. Danach erscheint es nicht verfehlt, in der b. p. eine Form des Erbschaftserwerbes durch behördliche Einantwortung zu erblicken.

Deutscher Rechtskreis.

1. Nach dem älteren Recht geht die Erbschaft mit dem Augenblick des Todes des Erblassers auf den Erben über. Dieser Satz, der seine

[19]) S. *Jörs-Kunkel*, S. 310; *H. Siber*, § 110; *Kipp*, Das römische Erbrecht, §§ 101, 102.

[20]) Vgl. *Fabricius*, Ursprung und Entwicklung der b. p., 1837; *L. W. Leist*, (die b. p., 2 Bände 1844–48) 2. Bd. § 190; *Sohm-M.-W.*, S. 564 ff.

[21]) Dafür spricht auch die Vergleichung mit dem altattischen Recht, dem ähnliche Gedanken zugrunde liegen; s. *Chzyhlarz*, S. 349; *Leist*, Gräkoitalische Rechtsgeschichte, S. 72, 80.

[22]) *Jörs-Kunkel*, S. 310.

Wurzeln in der alten Hausgemeinschaft hat und sich für diesen engen Erbenkreis als nächstliegend ergibt, wurde auch bei Vererbung im weiteren Kreise sowie für den gewillkürten Erben zur Anwendung gebracht. In alten französischen Quellen wird dies Prinzip durch das Sprichwort: „Le mort saisit le vif" ausgedrückt; in Deutschland lautet dasselbe später: „Der Tote erbt (macht zum Erben) den Lebendigen." Wenn aber auch Recht und Gewere ipso jure auf den Erben übergehen, so war es doch uralter, besonders für den Norden bezeugter Brauch, daß der Erbe unter feierlichen Formen den Besitz der Erbschaft antrat[23]). Dies ist verständlich, da der Erbfall dem Erben nur eine ideelle Gewere verschaffen konnte. Durch die tatsächliche Besitzergreifung hinderte er die Entstehung rechter Gewere zugunsten eines Dritten, der sich widerrechtlich in den Besitz des Erbes setzen konnte.

In diesem alten deutschen Recht ist die Ausschlagung, die wohl möglich ist[24]), von geringer praktischer Bedeutung, da der Erbe nur beschränkt haftete.

2. Manche haben in dem tatsächlichen Besitzergreifungsakt eine wirkliche „Antretung" verstehen und damit eine Annäherung an das Antretungsprinzip annehmen wollen[25]). Dieser Auffassung wird von der überwiegenden Meinung widersprochen. Das Antretungsprinzip kommt zwar auch im deutschen Rechtskreis vor, aber erst in jüngerer Zeit. Erst nachdem das römische Recht Eingang gefunden hatte, wurde der Grundsatz des sofortigen Erbschaftserwerbes zugunsten des Aditionsprinzips von einigen Partikularrechten verlassen[26]).

3. Auch für das Einweisungssystem fehlt es im deutschen Recht nicht an Beispielen.

Aus der üblichen förmlichen Erbschaftsantretung entwickelte sich im Hochmittelalter eine gerichtliche Erbeinweisung, die sich allmählich über weite Teile Deutschlands verbreitete. Sie war zunächst auf einzelne Fälle beschränkt[27]). Im Falle des Erbschaftsprozesses wurde z. B. ein Erbanwärter von Gericht provisorisch in die Gewere eingewiesen, nachdem das Gericht die Erbanwartschaft summarisch geprüft hatte. In den Niederlanden wurde das Verfahren im Sterbehaus selbst abgehalten, wobei der Erbansprecher im Sterbehaus einen

---

[23]) *v. Schwerin*, S. 298; *Stobbe*, S. 23 und die dort Zit.

[24]) *Stobbe*, S. 21; a. A.: *Friedrichs*, S. 5.

[25]) S. *„Anonymus"* in Grh. Z. 14, 132 Anm. 12, und die bei *Beseler*, S. 640 A. 7 Zitierten.

[26]) *v. Schwerin*, S. 299.

[27]) *v. Schwerin*, S. 299.

„Anevang" (symbolischen Besitzergreifungsakt) vornahm[28]); oder das Gericht hatte den Nachlaß bereits in Verwahrung genommen, weil der Erbe abwesend oder überhaupt unbekannt war.

Im Spätmittelalter haben manche süddeutschen Rechte begonnen, die Nachlaßregelung in allen Fällen der Obrigkeit zu überlassen. Dann bedurfte der Erbe stets der gerichtlichen Einweisung.

Die österreichische Regelung ist mithin durchaus nicht einmalig und nicht ohne rechtsgeschichtliche Parallelerscheinungen. So schreibt das Bayrische Landrecht von 1756[29]), III 1 § 17[30]), wie auch Des Herzogthumbs Württemberg Ernewert Gemein Landtrecht" von 1607, novelliert 1730[31]), eine obrigkeitliche Einmischung vor dergestalt, daß die Verlassenschaft „zuvörderst gebührend obsigniert und versperrt, sodann inventarisiert und schließlich zugeteilt werden soll".

Der Code civil, der einen starken Gehalt an germanischem Rechtsgut aufweist, statuiert in Art. 770 bezüglich der successeurs irréguliers ebenfalls eine Art Einweisungserwerb.

Die großen Gesetzbücher der jüngeren Vergangenheit und der Gegenwart haben sich überwiegend für das Anfallssystem entschieden: Schon im ALR I 9 § 367 ff. und im Code civil art. 724 hinsichtlich der sog. héritiers saisis[32]) (h. légitimes und h. naturels) findet der Ipso-Jure-Erwerb statt. Während das italienische Zivilgesetzbuch von 1865 (in art. 929–943) und das Sächsische BGB von 1863 (in § 2250) noch einmal das Antretungsprinzip übernahmen[33]), errang das Anfallprinzip einen entscheidenen Sieg mit seiner Aufnahme in das deutsche BGB und in das noch jüngere schweizerische ZGB (Art. 560), so daß es heute als das vorherrschende angesprochen werden kann.

VI. Konsequenzen der verschiedenen Systeme.

Welchem der drei Systeme eine Rechtsordnung folgen wird, hängt davon ab, wie der Gesetzgeber die verschieden gearteten Konsequenzen beurteilt und in ihrer Wichtigkeit einschätzt, die sich aus den unterschiedlichen Erwerbsarten ergeben.

---

[28]) S. *Stobbe*, S. 26, 27.

[29]) S. Ausgabe von *Danzer*.

[30]) Codex Maximilianeus bavaricus civilis oder „neuverbessert und ergänzt Churbayrisches Landrecht" (Roth, I S. 28).

[31]) *Wächter*, Abt. 1 S. 345, 439, 445.

[32]) Les héritiers sont « saisis » de plein droit des biens du défunt.

[33]) Doch gilt auch hier (Sächs. BGB) die unterlassene Erklärung über den Antritt binnen Jahresfrist von der erlangten Kenntnis als stillschweigender Antritt (§ 2265). Das Prinzip des §2250 wird dadurch erheblich erschüttert.

Der Hauptunterschied, der auch die wesentlichsten Abweichungen bezüglich der Folgen bedingt, besteht darin, daß die Erbschaft beim Anfallerwerb sofort, bei den beiden anderen Systemen dagegen erst später, nach einer Zwischenzeit, erlangt wird. Aus diesem Grunde gilt das, was über die Konsequenzen zu sagen ist, im großen und ganzen für den Antretungs- und Einweisungserwerb zugleich. Es genügt also, nur von zwei gegenüberstehenden Systemgruppen (Soforterwerb und nachträglicher Erwerb) zu sprechen und sie hinsichtlich ihrer Konsequenzen ins Auge zu fassen.

1. Beim Anfallserwerb wird eine schnellere Entscheidung darüber herbeigeführt, wer als Erbe in Anspruch genommen werden kann. Dies liegt im Interesse der Gläubiger. Inwieweit diese Absicht aber erreicht wird und zu praktischer Auswirkung gelangt, hängt von den weiteren Bestimmungen ab, die bezüglich des Rechts, die Erbschaft nachträglich abzulehnen und dadurch den erfolgten Erwerb rückgängig zu machen, gelten sollen. Wenn man über das erwähnte Recht keine besonderen Bestimmungen trifft, gestaltet sich die Sache so, daß die Nachlaßgläubiger sogleich den Erben verklagen können[34]) und daß der Erbe, wenn er diese Klage von sich abwenden will, in seiner Entgegnung die Erklärung abgeben muß, daß er der Erbschaft entsage. Dies ist aber nicht unbedenklich: Die klagenden Gläubiger laufen Gefahr, nutzlos Kosten aufzuwenden. Sieht man andererseits auf den Erben, so wird dieser zu einer Erklärung gedrängt, während er sich möglicherweise noch gar nicht hat in den Stand setzen können, ein Urteil über die Erbschaft zu gewinnen. Gewährt man ihm eine Überlegungsfrist, so ist der angestrebte Vorteil einer schnellen Klärung in Frage gestellt. Setzt man ihm eine gesetzliche kurze Frist, innerhalb deren er die Erklärung, die Erbschaft abzulehnen, abgeben muß, so kann es geschehen, daß die Erben die Frist versäumen, ohne die damit bewirkten Folgen gewollt oder auch nur gekannt zu haben. Damit der Erbenwille nicht vernachlässigt werde, ist darum die Aufnahme von Bestimmungen erforderlich, die eine Anfechtung der Versäumung ermöglichen. Hinzutreten könnte noch die Festsetzung, daß eine Ausschlagung ohne weiteres vermutet wird, wenn ein dürftiger Nachlaß vorliegt, wenn der Erblasser „im falliten Zustand oder almosengenössig oder als Bettler" gestorben ist[35]).

2. Überhaupt kommt der Ausschlagung im System des Ipso-Jure-Erwerbs eine viel größere Bedeutung zu. Man hat es deshalb geradezu als „Ausschlagungssystem" bezeichnet[36]).

---

[34]) Das BGB schließt diese Konsequenz durch die Sondervorschrift des § 1958 aus.

[35]) So § 1993 des Züricher Gesetzbuches; vgl. auch Art. 566 II ZGZ.

[36]) *Reichel*, S. 173.

Sie macht den eingetretenen Erwerb wieder hinfällig. Beim Antretungs- und Einweisungssystem dagegen bewirkt sie nur, daß der Erwerb nicht eintritt.

3. Als Vorzüge des Ausschlagungssystems hat man angeführt: Ein Erwerbsakt ist nicht erforderlich.Damit ist auch eine gesetzliche Regelung desselben unnötig geworden. Die Lösung wird dem tatsächlichen Leben gerecht, da die Ausschlagung nur verhältnismäßig selten vorkommt. Einen Nachteil kann man vielleicht darin erblicken, daß der Erbschaftserwerb kraft Gesetzes den Erben stärker belastet als die anderen Erwerbsarten. Er bürdet ihm, falls er ausschlägt, die Kosten der Ausschlagung auf und nötigt ihn, falls er die Ausschlagung versäumt hat, weitere Schritte zu tun, z. B. anzufechten, den Nachlaß zu inventarisieren und zu liquidieren u. dgl.

Das Anfallsystem wirft ferner Zweifelsfragen darüber auf, wieweit der rückwirkende Verlust der Erbeneigenschaft des Vorberufenen im Falle der Ausschlagung zur Folge hat, daß die in seiner Person während der Schwebezeit eingetretenen Rechtswirkungen ihre Wirksamkeit einbüßen.

Hinsichtlich der bei einem Erbgang notwendig werdenden Beweise bietet der Anfallserwerb gegenüber dem Antretungserwerb Vorteile: Bei letzterem muß der Antritt nachgewiesen werden. Die Erben haben diesen Nachweis zu erbringen, wenn sie z. B. Forderungen einziehen wollen. (Beim Ipso-Jure-Erwerb würde der Beweis des bloßen Anfalls genügen.)

Und ebenso müssen auch die Gläubiger die Berechtigung des Erben und den Antritt der Erbschaft nachweisen.

4. Bei beiden Systemen ergeben sich folgende Schwierigkeiten: Mit dem Tode eines Erblassers tritt immer ein Schwebezustand ein. Die entstehende Lücke zwischen Erblasser und Erbe kann nur auf dem Wege der Fiktion geschlossen werden. Die auf dem Boden des Antretungsgrundsatzes stehenden Rechte betrachten einfach die Rechtsnachfolge des annehmenden Erben rückwirkend als mit dem Erbfall geschehen[37]). Die vom Anfallerwerb ausgehenden Rechtsordnungen sehen den vorläufigen Erben im Falle der Ausschlagung so an, als ob er nie Erbe gewesen wäre, vielmehr von Anfang an der nunmehr in seine Rechtsstellung einrückende Nachberufene[38]).

Durch diese Rechtssätze, die ja nur Fiktionen darstellen, kann aber die vor der Annahme (beim Antretungsprinzip) oder Ausschlagung (beim Anfallprinzip) bestehende tatsächliche Ungewißheit über die Person des endgültigen Erben mit ihren Folgen nicht beseitigt werden.

[37]) D 29, 2, 54: Heres a morte testatoris successisse intellegitur.

[38]) Z. B. § 1953 BGB; Art. 785 Code civ.

Die vor der Annahme „ruhende Erbschaft“ *(hereditas jacens)* ist ohne Herrn, und ihre Einordnung in das allgemeine Rechtssystem bereitet Schwierigkeiten. Beim Anfallsystem ist eine hered. jac. zwar in der theoretischen Konstruktion vermieden worden. Aus der fast immer aufgenommenen Bestimmung, daß trotz des sich von Rechts wegen vollziehenden Vermögensüberganges dennoch bis zum ausdrücklichen, stillschweigenden oder mit Ablauf der Frist fingierten Antritte des Berufenen die Erbschaftsgläubiger nicht den Erben, sondern höchstens die Nachlaßmasse belangen können[39]), ergibt sich jedoch, daß das römische Prinzip, wonach die Erbschaft bis zur Antretung ein selbständiges Vermögen bildet, trotz der theoretischen Leugnung praktisch doch wieder zur Geltung gebracht wird.

5. Beim Anfallerwerb geht die Erbschaft ohne weiteres als Bestandteil des Erbenvermögens auf den „Erbeserben“ über. Es erübrigt sich die sog. „Transmission“ des Antretungserwerbes: Das Recht aus der delatio wurde teils als höchstpersönlich, teils überhaupt nicht als Recht, sondern nur als „Möglichkeit“ angesehen und ging deshalb nicht auf die Erben des Berufenen über. Erst das spätere römische Recht ließ Ausnahmen zu, die allerdings praktisch zur Regel wurden, so daß nach dem Tode des Berufenen, der vor der Antretung gestorben war, auch dessen Erben die Erbschaft erwerben durften (Transmissionsfälle).

Was beim Anfallserwerb eine logische Konsequenz ist, muß beim Antretungserwerb immer als Besonderheit ausdrücklich festgesetzt werden.

6. Auch der in beiden Systemen vorkommende „Erbschaftsanspruch“ (hereditatis petitio) hat je nach dem Erwerbsprinzip einen verschiedenen Charakter. Vollzieht sich der Erbschaftserwerb ipso jure mit dem Erbfall, so kann man zweifelhaft sein, ob überhaupt ein solcher besonderer Anspruch gewährt werden soll und ob nicht schon die Ansprüche aus den bereits erlangten Einzelrechten ausreichend sind. Dagegen kann im Antretungssystem kein derartiger Zweifel auftauchen, da ja noch kein Eigentum erworben ist und daher ein Bedürfnis nach einem solchen die ganze Erbschaft erfassenden Anspruch besteht.

7. Es können sich ferner Verschiedenheiten bezüglich der „Erbschaftsveräußerung“ ergeben. Ist jemand ipso jure Erbe geworden, so liegt in einer Veräußerung der Erbschaft lediglich eine „Vermögensveräußerung“. Macht man dagegen den Erwerb der Erbschaft von einer Antretung abhängig, so kann die Frage aufgeworfen

---

[39]) Vgl. § 1958 BGB.

werden, ob man nicht dem Erben die Befugnis einräumen soll, sein Recht auf die Erbschaft (das Recht, die Erbschaft anzutreten), zu veräußern und auf diese Weise seine „Erbenqualität auf einen anderen zu übertragen".

8. Endlich sei noch auf eine Frage hingewiesen, die gleichfalls verschieden zu beantworten ist, je nachdem, ob es sich um sofortigen oder nachträglichen Erwerb der Erbschaft handelt; gemeint ist das Problem, ob Erbengläubiger, welche durch die Zurückweisung einer dem Erben angefallenen Erbschaft in ihren Rechten beeinträchtigt werden, befugt sein sollen, mit einer Anfechtung einzuschreiten.

Beim Ipso-Jure-Erwerb ist es folgerichtig, den Gläubigern gegen den Erben, der ihr Schuldner ist, einen Schutz zu gewähren, wenn er in fraudem creditorum auf die erworbene Erbschaft durch Ausschlagung Verzicht leistet. Da hier jede Erbschaft mit dem Anfall sofort erworben wird, erscheint der Verzicht als echte Vermögensveräußerung, deren Rückgängigmachung durch Gläubigeranfechtung möglich sein muß.

Anders verhält es sich, wenn kein Anfallprinzip herrscht: Dann ist die Ausschlagung der Erbschaft nur ein „Nichterwerbenwollen", das ebensowenig unter den Begriff der „alienatio" fallen kann wie die Ablehnung eines angebotenen Geschenkes.

Inkonsequenterweise haben aber die beiden uns interessierenden Rechtsordnungen ganz gegenteilige, diesen Schlußfolgerungen widersprechende Regelungen getroffen.

Außer diesen für das Antretungs- und das Einweisungsprinzip gemeinsam zutreffenden Konsequenzen sind als Besonderheiten des letzteren noch zu erwähnen, daß es spezielle Garantien schafft für die Feststellung des wahren Erben, die Vermeidung von Erbschaftsstreitigkeiten, die Regelung der Nachlaßschulden und die Sicherstellung der Erbgebühren (fiskalisches Interesse!).

B. Der Erbschaftserwerb nach Oesterreichischem Recht.

I. Darstellung der gesetzlichen Regelung.

Bevor wir die einzelnen Probleme des deutschen und österreichischen Rechts, die beim Erbschaftserwerb auftauchen, vergleichend gegenüberstellen können, müssen wir die Regelung des Erbschaftserwerbs in beiden Rechten erst einmal gründlich kennen. Bezüglich des deutschen Rechtes, das so vielfach und ausgiebig erörtert worden ist, kann diese Kenntnis vorausgesetzt werden. Dagegen dürfte das in Betracht kommende österreichische Recht einem großen Teil der deutschen Rechtswahrer nicht geläufig sein. Da die Arbeit nicht zuletzt auch zum Ziel hat, die Kenntnis von der zweiten nunmehr in Großdeutschland geltenden Zivilrechtsordnung verbreiten zu helfen, ist es angebracht, zunächst eine zusammenfassende Darstellung des Erbschaftserwerbes mit eingehender und kritischer Würdigung der strittigen Lehrmeinungen zu bringen, um so mehr, als eine solche angesichts des Standes des österreichischen Schrifttums keinem Kenner desselben als überzählig erscheinen wird.

Wir geben erst den Gang des Erbschaftserwerbes wieder, wie er sich nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen darstellt, und gehen dann näher auf die Probleme und strittigen Fragen ein, die infolge der verworrenen und widerspruchsvollen Regelung aufgeworfen werden müssen.

Die einschlägigen Gesetze, welche Normen über den Erbschaftserwerb enthalten, sind das ABGB (in den §§ 531–824) und das Patent vom 9. 8. 1854 über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (VaSt). Hiernach gilt:

Der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt „Verlassenschaft“ oder „Nachlaß“ (§ 531). „Erbrecht“ ist das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen bestimmten Teil des Ganzen in Besitz zu nehmen. Derjenige, dem das Erbrecht gebührt, wird „Erbe“ genannt. In Beziehung auf ihn heißt die Verlassenschaft auch „Erbschaft“ (vgl. § 532).

Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Einant-

wortung des Nachlasses, d. i. die Übergabe in den rechtlichen Besitz, bewirkt werden. (§ 797.) Diese Verhandlung vor dem Gericht ist die sogenannte „Verlassenschaftsabhandlung". Über sie bestimmt das Verlassenschaftspatent von 1854 (VaSt) folgendes:

Zum Zwecke der Verlassenschaftsabhandlung haben die Gerichtsbehörden[40]) bei Todesfällen einzuschreiten (§ 20). Sie haben die „Todfallsaufnahme" zu veranlassen. Ein Gerichtskommissar hat die für die Abhandlung maßgebenden Daten über das Bestehen eines Nachlasses, das Vorhandensein eines letzten Willens und die in Betracht kommenden Erben zu ermitteln und dem Gericht mitzuteilen. (§§ 36 bis 51.) Sind die bekannten oder mutmaßlichen Erben abwesend oder unfähig, ihr Vermögen zu verwalten, oder sind die Erben unbekannt, dann ist die Verlassenschaftsmasse zu versiegeln. (§§ 43 ff.) Im übrigen wird die Verlassenschaftsmasse und die Besorgung des Hauswesens bis auf weitere Verordnung des Gerichts einem Hausgenossen des Erblassers oder einer anderen tauglichen Person anvertraut, der auch die zur Berichtigung der Leichenkosten und anderer dringender Ausgaben und zur Bestreitung des Hauswesens erforderlichen Beträge überlassen werden (§ 46). Diese Anordnung gibt nur das Recht zur „custodia", nicht zur Verwaltung, wie sie ein Verlassenschaftskurator hat (s. § 30).

Ist die Verlassenschaft zu unbedeutend, um darüber weitere gerichtliche Verhandlungen einzuleiten, so soll dieses in der Todfallsaufnahme vermerkt werden. Ist eine letztwillige Verfügung vorhanden, so wird diese entweder gleich bei der Todfallsaufnahme (§ 41) oder aber vor dem Abhandlungsgericht eröffnet und kundgemacht (§ 61). Bei mündlichen letztwilligen Erklärungen[41]) hat das Abhandlungsgericht die Zeugen des letzten Willens zu vernehmen und sie, wenn ein Antrag nach § 586 ABGB gestellt wird, zu vereidigen (§ 65).

Ergibt sich aus der Todfallsaufnahme, daß der Verstorbene kein Vermögen hinterlassen hat, so entfällt die Verlassenschaftsabhandlung (§ 72). Nach der Novelle vom 31. 12. 23 ist sie von Amts

[40]) Die Kompetenz der Gerichte ist in den §§ 105 bis 107 der Jurisdiktionsnorm (JN) v. 1. 8. 1895, ferner in den Art. III bis VIII d. Einf.Ges. hierzu (EJN) und in den §§ 22 bis 25, 140 bis 144 VaSt festgelegt.

[41]) *§ 585 ABGB.* Der Gesetzgeber des *BGB* hatte Bedenken, das sog. „mündliche Testament", das lediglich auf der Aussage von Zeugen beruht, als ordentliche Testamentsform zu übernehmen (Mot. V, 257). Nur als außerordentliche Testamentsform war es in § 2250 zugelassen und ist es auch in § 24 d. Ges. v. 31. 7. 38 über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen beibehalten worden, und zwar nicht mehr bloß als Nottestament „am abgesperrten Ort", sondern auch für den Fall „naher Todesgefahr" (§ 24 II). Diese Erweiterung geht auf einen von österr. Seite vorgebrachten Wunsch zurück (Pf.-Neub. II b 49 S. 27 Anm. 2).

wegen[42]) auch dann nicht einzuleiten, wenn der Nachlaß einen bestimmten (durch Verordnung festzusetzenden) Betrag nicht übersteigt. Man wollte hierdurch bei den vielen geringfügigen Nachlässen die langwierige gerichtliche Abhandlung sparen. In diesen letzteren Fällen, in denen das Abhandlungsverfahren und damit die Einantwortung unterbleibt, vollzieht sich der Erbschaftserwerb durch außergerichtliche Erbschaftsannahme wie im gemeinen Recht[43]).

Die Verlassenschaftsabhandlung unterbleibt ferner, wenn bei überschuldetem Nachlaß der Konkurs stattfindet. Dies geschieht nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag eines Gläubigers oder eines zum Erben Berufenen (§§ 69–71 KO, 74 VaSt).

Endlich ist noch der Fall zu erwähnen, wo gemäß §§ 52, 73 VaSt ein geringfügiger und überschuldeter Nachlaß im Wege der sog. Jure-crediti-Einantwortung[44]) den Gläubigern an Zahlungs Statt überlassen und dadurch eine Verlassenschaftsabhandlung abgetan wird. Notwendig ist hierbei das Einverständnis der Beteiligten, vor allem aber der Gläubiger, die auf diese Weise befriedigt werden sollen. Es ist wie bei einem Konkursverfahren[45]). Die Passiven sind zu ermitteln und nach der im Konkurse geltenden Rangordnung zu berücksichtigen. Die Vermögensstücke werden entweder mehreren Gläubigern zu Miteigentum überlassen, oder einzeln auf die Gläubiger aufgeteilt, oder auch einem Dritten übereignet, der dafür die Verpflichtung übernimmt, die Gläubiger quotativ[46]) zu befriedigen. Der den Nachlaß gegen Berichtigung der Passiven übernehmende Gläubiger oder Dritte haftet nur für die übernommenen Schulden, nicht auch für die nachträglich hervorkommenden Passiven, wie er andererseits auch nur auf die ihm zugewiesenen, nicht auch auf die nachträglich aufgefundenen Aktiven Anspruch hat. Wenn neues Nachlaßvermögen hervorkommt, kann die durch die Jure-crediti-Einantwortung beendete Verlassenschaftsabhandlung wieder aufgenommen werden.

---

[42]) Dem Erben steht es frei, die Einleitung der Abhandlung zu beantragen.

[43]) So mit Recht *Klang-Schell*, § 798 IV 2; *anders h. M.* (vgl. Walker, Exek. S. 320), wonach angenommen wird, daß ein Erbschaftserwerb nicht erfolgt. Der zur Erbschaft Berufene komme nur in eine Art Besitzverhältnis. Die Verlassenschaftsgegenstände bilden weiterhin „den ruhenden Nachlaß" bis zu einer eventuellen Ersitzung (str. [vgl. Ehrenz, § 534 II 3]); wie Klang auch *Siber*, Haftung f. Nachlaß, S. 23.

[44]) *Klang*-Sch., § 800 III.

[45]) Dies Verfahren nach § 73 VaSt vertritt bei unbedeutenden Nachlässen das Konkursverfahren (Ehrenz, § 514 IV 2).

[46]) *Rintelen*, S. 55. Cf. „bonorum emtor"!

Zu beachten ist, daß die „Einantwortung nach Gläubigerrecht" keinen „Erbschaftserwerb" begründet[47]).

Nach diesen der Sicherstellung des Nachlasses dienenden Maßnahmen hat das Gericht nunmehr solche zu treffen, die auf Feststellung des Erben abzielen. Es hat die Personen, die auf Grund der bei der Todfallsaufnahme gemachten Feststellungen als Erben in Betracht kommen, zu verständigen mit der Aufforderung, die sogenannte „Erbserklärung", (nicht zu verwechseln mit der „Erbeserklärung" des deutschen Rechts, das sind Angaben im Erbschein) beizubringen. Kommen Minderjährige oder Pflegebefohlene in Frage, so sind die Vormünder oder Kuratoren aufzufordern; sind noch keine bestellt, so muß für die Bestellung von solchen gesorgt werden. (§§ 75, 76 VaSt). Dies gilt auch, wenn besondere Gründe für die Bestellung eines unparteiischen Kurators sprechen. (§ 77.) Sind die Erben unbekannt, oder reagieren die bekannten auf eine gerichtliche Aufforderung gar nicht, so wird ein Verlassenschaftskurator bestellt (§§ 78, 128, 129)[48]). Dieser kann aber die Erbserklärung nicht abgeben. Ist ein bekannter Erbe unbekannten Aufenthalts, so ist für ihn ebenfalls ein Kurator zu bestellen, der nach einem Aufgebotsverfahren für den Erben annehmen kann (§ 131)[49]). Das Abhandlungsgericht hat alsdann die Erben oder ihre Vertreter zur Abgabe der Erbserklärung zu einer Tagsatzung (Termin) vorzuladen. Die Ladung enthält den Auftrag, die zur Nachweisung ihres Erbrechts etwa erforderlichen Behelfe mitzubringen. In dem Termin ist von jedem die Erklärung abzufordern, ob und auf welche Weise[50]) er die Erbschaft antreten, oder ob er dieselbe ausschlagen wolle. Die Erbserklärung kann auch schriftlich abgegeben werden (§§ 115–117). Zur Antretung der Erb-

---

[47]) *Klang-Sch.*, § 800 III; *Rintelen*, S. 56.

[48]) Hier handelt es sich um einen Verlassenschaftskurator im engeren Sinn *(curator bonorum). Ehrenz*, § 50 9 IV, *Chorinsky*, S. 138.

[49]) *Klang-Handl* (§ 547 II 3 c) nennt ihn „Erbenkurator", weil er ein *c. personae* sei; mit der Verwaltung und Vertretung der liegenden Nachlaßmasse hat er als solcher nichts zu tun. Der einzige Vermögenswert, dessen Erhaltung ihm obliegt, ist das erbrechtliche Wartrecht (*Klang*, § 546 I) seines Curanden. Zum ruhenden Nachlaß steht die „Erbenkuratel" aber insofern in Beziehung, als der Grund ihrer Anordnung auch gleichzeitig der Anlaß zur Bestellung eines Verlassenschaftskurators ist wegen § 218, dessen dritter Tatbestand sich mit dem von § 131 deckt. Wenn ein Interessengegensatz nicht besteht, werden beide Ämter einer Person zugewiesen werden.

[50]) Die Erbserklärung muß außer dem Berufungsgrund zugleich enthalten die Angabe, ob die Erbschaft unbedingt oder mit dem Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventariums (bedingt) angetreten wird (§ 800 ABGB). Von Bedeutung ist dies für die Frage der Erbenhaftung (§§ 801, 802) damit hängt auch zusammen, daß zur unbedingten Erbserklärung der gesetzl. Vertreter noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§§ 805, 233).

schaft ist erforderlich, daß die Erbserklärung den Nachweis[51]) des Berufungsgrundes und die ausdrückliche Erklärung enthält, daß die Erbschaft angenommen werde (§§ 121 VaSt, 799 ABGB). Die gerichtliche Erbserklärung ist unwiderruflich (§ 806). Dem Erben kann aus erheblichen Gründen eine Bedenkzeit für die Abgabe der Erbserklärung gewährt werden (§ 118 VaSt). Gibt ein Erbe nicht zur bestimmten Zeit die Erklärung ab, so wird die Erbschaft mit den übrigen, die sich erklärt haben, allein verhandelt (§ 120)[52]).

Wenn zu dem nämlichen Nachlaß mehrere Erbserklärungen angebracht werden, welche miteinander im Widerspruche stehen, so sind zwar alle anzunehmen; die Frage aber, wer Erbe sei, wird nicht in der Abhandlung, sondern im Prozeßwege entschieden. Es wird mit der Abhandlung so lange innegehalten, bis diese Entscheidung erfolgt ist (§§ 125, 127 VaSt). Das Abhandlungsgericht setzt fest, wer in dem „Erbrechtsstreit" als Kläger aufzutreten habe und bis wann die Klage erhoben sein muß. Grundsätzlich wird der zum Kläger bestimmt, dessen Erbrechtstitel als schwächer angesehen wird. (§ 126)[53])[54]). Wird die für die Einbringung der Klage festgesetzte Frist nicht eingehalten, so is der Klagberechtigte von der Nachlaßabhandlung ausgeschlossen. Diese Erbrechtsklage setzt voraus, daß sich der Kläger als Erbe erklärt hat. Die Erbschaftsklage (§ 823) ist erst nach der Einantwortung möglich[55]). Hieraus folgt, daß das Gericht jede formell einwandfreie Erbserklärung annehmen muß. Denn sonst könnte ein sich bewerbender Erbansprecher nicht zum Ziele kommen. Wenn nun feststeht, daß ein Antretender bestimmt nicht erbberechtigt ist und andererseits noch keine widersprechende Erbserklärung vorliegt, was soll das Gericht tun? Vielfach wird in der Praxis einfach die An-

---

[51]) S. S. 31.

[52]) Er kann aber noch nach der Einantwortung gegen den Empfänger der Erbschaft mit der sog. „Erbschaftsklage" gemäß § 823 vorgehen, bei der er ein besseres Erbrecht behaupten muß (h. M.). Nur wenn er bewußt die Frist zur Erklärung verstreichen läßt, soll nach der Praxis darin ein Verzicht auf das Erbrecht selbst (§ 532), eine Ausschlagung, erblickt werden (vgl. *Klang-Schell*, § 800 I 6; *Ehrenz*, § 509 V). Dies, zusammen mit dem Umstand, daß eine gesetzliche Frist zur Ausschlagung nicht besteht, (anders § 1944 BGB) und auch Nachlaßbeteiligte und Nachberufene keine Klärung begehren können, bedeutet einen Mangel der Gesetzgebung((*v. Anders*, S. 44; *Chorinsky*, S. 206).

[53]) *Klang-Schell*, § 800 I.

[54]) Sind mehr als zwei Erbrechtsansprecher vorhanden, so muß dafür gesorgt werden, daß nicht Prozesse unabhängig voneinander geführt werden, die widersprechende und daher für die Abhandlung nicht verwertbare Ergebnisse liefern.

[55]) *Ehrenz.*, § 535 I. Näheres s. unter S. 104 f.

nahme seiner Erbserklärung verweigert. *Ehrenzweig* (§ 509, VI) hält dies nicht für richtig. Er schlägt vor, das Gericht solle die Erklärung annehmen, aber zugleich aussprechen, daß sie bei der Abhandlung nicht berücksichtigt werde. Damit sei der Erbe in hinreichender Form auf den Rechtsweg verwiesen (s. *Chorinsky*, S. 206).

Die Erbserklärung kann, wie gesagt, als unbedingte oder als bedingte[56]) abgegeben werden. (§ 800.) Die bedingte hat zur Folge, daß das Gericht von Amts wegen ein Inventar des Nachlasses errichtet (§ 92 VaSt). Im Falle der unbedingten Antretung muß der Erbe das Verlassenschaftsvermögen beschreiben wie bei einer Inventarerrichtung und diese Angaben durch eigenhändige Unterschrift an Eides Statt bekräftigen. (§ 114.) Dieses „Vermögensbekenntnis" ist der Abhandlung anstatt des Inventars zugrunde zu legen.

Mit der erfolgten Erbserklärung ist das „Vorverfahren" abgeschlossen und die eigentliche „Erbverhandlung" (§ 75) kann beginnen.

Zuvor sei kurz darauf hingewiesen, daß für den Berufenen noch eine dritte Verhaltensmöglichkeit besteht. Während das Unterlassen des Antretens auf die gerichtliche Fristsetzung hin regelmäßig nicht das Erbrecht selbst, sondern nur die Teilnahme an der Abhandlung ausschließt, (s. oben), kann der Berufene natürlich auch die Erbschaft selbst ablehnen. Er kann ausschlagen (§ 805). Diese Ausschlagung[57]) ist ein Bestandteil der Verlassenschaftsabhandlung. Sie muß vor dem Abhandlungsgericht erklärt werden. Vor dem Erbfall ist nur der Erbverzicht (§ 551) möglich. Nach der Einantwortung kann nur der wahre Erbe gegenüber dem Erbschaftsbesitzer auf seinen Anspruch verzichten, nicht mehr ausschlagen im technischen Sinne (Näheres im Abschnitt „Einzelne Probleme" S. 59 ff.).

Hat der Erbe jedoch nicht ausgeschlagen, sondern auf die gerichtliche Aufforderung hin eine Erbserklärung abgegeben, so ist seine weitere Obliegenheit, sein Erbrecht nachzuweisen; er muß den Erbrechtstitel beibringen (§§ 799 ABGB, 122 VaSt), auch wenn er von niemandem bestritten wird. Dies wird jedoch dadurch erleichtert, daß das Gericht sich mit einem gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit zufrieden gibt, wenn kein Gegner auftritt. Für die gesetzliche Erbfolge gelten die Erhebungen bei der Todfallsauf-

---

[56]) Natürlich ist diese „bedingte" trotz ihres Namens ein unbedingtes Rechtsgeschäft. Die Erbserklärung kann nicht unter einer wirklichen Bedingung abgegeben werden (*Ehrenz*, § 509 II).

[57]) Sie ist im Gesetz nicht besonders geregelt. (*Siber*, Haftung f. Nachlaßschulden, S. 23.)

nahme und bei der testamentarischen das Vorliegen einer formell einwandfreien, letztwilligen Verfügung als ausreichender Ausweis. (§ 123 VaSt.) Der Erbe hat nur seinen Erbrechtstitel nachzuweisen, nicht das Fehlen gleichnaher oder näherer Berufener. Doch kann das Abhandlungsgericht Nachforschungen von Amts wegen anstellen (§ 124 VaSt).

Auf Grund dieser Ausweisung kann dem Antretenden die „Besorgung der Verlassenschaft" überlassen werden (§§ 810 ABGB, 145 VaSt). Hierbei ist folgendes zu beachten[58]). Die Verwaltungs- und Benützungsbefugnis des „erbserklärten Erben" tritt nicht von selbst ein. Sie muß ihm vom Gericht überlassen werden[59]). Und auch dies geschieht nicht schon nach der abgegebenen Erbserklärung ohne weiteres, auch noch nicht nach der Annahme derselben, sondern erst nach der hinreichenden Ausweisung des Erbrechts. Die zuweilen vertretene unzutreffende Auffassung (die sich auf die Fassung des von dieser Vorstellung beherrschten § 811 stützen kann[60]), daß bereits mit der Erbserklärung die Vertretungsbefugnis des Erben beginne, beachtet nicht genügend, daß die Ausweisung auch nach der Erbserklärung erfolgen kann (§ 122 VaSt) und daß im § 810 („bei Antretung der Erbschaft") lediglich an den Regelfall gedacht ist, daß beide zusammen erfolgen[61]).

Durch die Erbserklärung in Verbindung mit der Erbrechtsausweisung erlangt gemäß § 145 VaSt der Erbe die Stellung eines Nachlaßkurators. Genau wie dieser darf er mit gerichtlicher Genehmigung Nachlaßsachen veräußern, verpfänden, Forderungen einziehen, abtreten[62]) [63]).

Die Erbserklärung und der Nachweis des Erbrechts genügen aber noch nicht, um die Einantwortung, das Ziel des ganzen Verfahrens, herbeizuführen (§ 149 VaSt). Der Berufene hat den Willen des Erblassers erst noch so viel als möglich zu erfüllen oder die Erfüllung sicherzustellen und sich darüber auszuweisen (§ 817). In den §§ 158–162 VaSt wird festgelegt, welche Verpflichtungen hier gemeint sind. In Frage kommen hier die Sicherstellung von Substitutionen (Nacherbschaften) (§ 158), frommen Vermächtnissen (§ 159),

[58]) *Mayr*, II S. 258.

[59]) Vgl. *Touaillon*, S. 205.

[60]) *Krainz*, II § 509 meint, das Besorgungsrecht der §§ 810 ABGB, 145 VaSt sei nur ein „Verwaltungsrecht nach innen"; die Vertretung nach außen stehe dem Erben bereits mit der Erbserklärung ohne weiteres zu. Beipflichtend *Stubenrauch*, § 810.

[61]) *Ehrenz*, § 509 VIII; *Klang-Schell*, § 810 II.

[62]) *Krasnop.*, S. 40; *Ehrenz*, § 509 VIII.

[63]) Über die praktische Bedeutung der Regelung s. *Chorinsky*, S. 200.

Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger (§ 160), die Verständigung (nicht Befriedigung!) der übrigen Vermächtnisnehmer (§ 161). Hierüber erhält der Erbe dann die sogenannte „Testamentsausweisung" (§§ 157, 149 VaSt). Sind minderjährige oder pflegebefohlene Noterben vorhanden, so muß das Gericht in Zweifelsfällen noch einen „Pflichtteilausweis" verlangen (§ 162). Ferner hat der Erbe nachzuweisen, daß die Erbgebühren und die sonstigen von der Verlassenschaft zu entrichtenden Abgaben bezahl oder sichergestellt sind (§§ 149 VaSt, 818 ABGB). Grundlage für die Bemessung dieser Abgaben ist die „Nachlaßnachweisung", die der Finanzbehörde einzureichen ist. Sie enthält die Aktiven (nach dem Inventar oder Vermögensbekenntnis), die Passiven, die Erbteile und Vermächtnisse nebst den nötigen Angaben über die persönlichen Verhältnisse der einzelnen Erwerber, über weitere Unkosten usw.[64]).

Wenn der Erbe alle diese Voraussetzungen erfüllt hat, wird ihm die Erbschaft eingeantwortet und die Abhandlung geschlossen (§§ 819 ABGB, 174 VaSt). Die Einantwortung erfolgt mittels der Einantwortungsurkunde; letztere enthält Angaben über den Erblasser, den Erben oder die Erbengemeinschaft, eventuelle Nacherben (Substituten); über die Art der Antretung (§ 174 VaSt). Auf Grund der Einantwortungsurkunde erfolgt die Eintragung und Übertragung der zur Verlassenschaft gehörigen Grundstücke und grundbücherlichen Rechte auf den Namen des Erben (§§ 177 VaSt, 819, 436 ABGB)[65]).

Über die Wirkung der Einantwortung[66]), die überaus bestritten ist (Näheres s. später, S. 52), sagt das Gesetz unmittelbar fast nichts. Es erklärt die Einantwortung als „Übergabe in den rechtlichen Besitz" (§ 797). Überwiegend wird aber hier angenommen, daß dies nicht wörtlich zu nehmen und also nicht auf „Besitz"übertragung zu schließen sei. Dieser Passus sei vielmehr die Nachwirkung der den Redaktoren geläufigen alten Lehre vom titulus und modus adquirendi[67]): Wie bei jedem Eigentumserwerb ein Titel und eine rechtliche Erwerbungsart notwendig seien (§ 380), so sei dies auch beim Erbrecht erforderlich (§ 308); der Titel liege in der Berufung (§ 533), die Erwerbungsart in der Einantwortung, welche hiernach also die gleiche

[64]) *Ehrenz*, § 534 V.

[65]) Die Eintragung kann nur bei der Abhandlungsbehörde nachgesucht werden (§ 177), nicht beim Grundbuchamt. Der Grund ist der, daß die Abhandlungsbehörde (da die Einantwortungsurkunde weder die der Abhandlung unterzogenen Grundstücke noch eine Legitimation an den Erben zur grundbücherlichen Eintragung enthält) allein in der Lage ist, zu beurteilen, ob die Bewilligung erteilt werden kann. S. *Bartsch*, S. 30; *Harrasowsky*, S. 54.

[66]) *Touaillon*, Zentr.Bl. 30, S. 100–115 und 201–215.

[67]) *Klang*, § 424; *Randa*, Eigt. S. 259; *Festschrift* I S. 381, 402.

Funktion übernimmt wie die Besitzeinräumung beim Sacherwerb. Die Einantwortung sei daher im übertragenen Sinne als Tradition, als Besitzeinräumung, bezeichnet. Ferner mag noch mitgespielt haben die Erinnerung an die frühere Ausgestaltung der Verlassenschaftsabhandlung, bei der der Nachlaß in gerichtliche Sperre genommen wurde und die tatsächliche Freigabe, die Besitzüberlassung, den Schlußakt der Abhandlung bildete. Dies ist aber heute regelmäßig nicht mehr so. (Vgl. *Stubenrauch,* § 819, *Klang-Schell,* § 819, III, *Chorinsky,* S. 126.)

Zu gedenken ist noch einer Möglichkeit, die der § 145 II VaSt eröffnet. Die Einantwortung bezieht sich in der Regel auf den Nachlaß als ganzen oder bei Erbenmehrheit auf ideelle Teile des Nachlasses. Nach § 145 II ist es jedoch auch möglich, daß das Gericht demjenigen Erben, dessen unbeschränktes ausschließendes Erbrecht und freie Macht, über sein Vermögen zu verfügen, klar ausgewiesen sind, den rechtlichen Besitz einzelner zur Verlassenschaft gehöriger Kapitalien und anderer beweglicher Sachen noch vor beendigter Abhandlung einräumt, sofern die Nachlaßgebühren und die Testamentsverpflichtungen durch den restlichen Nachlaß gedeckt werden. Mit der Einräumung wird zugleich die Befugnis zur gerichtlichen oder außergerichtlichen Veräußerung dieser Gegenstände gewährt. Hierin soll aber nach *Klang-Schell* (§ 819 IV) entgegen *Ehrenzweig* (§ 511 III) keine Teileinantwortung erblickt werden, sondern eine „Abschlagszuweisung auf Rechnung der Einantwortung", weil durch diese Zuweisung keine Gesamtnachfolge herbeigeführt werde. Dafür spricht m. E. auch § 822 („vor der Einantwortung"). Wesentlich ist aber, daß die Vermögensverschmelzung stattfindet, so daß die Gläubiger des Erben auf die überlassenen Gegenstände Exekution führen können (§ 822) [68].

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß zum Erbschaftserwerb die gerichtliche Abhandlung gehört. Dies ist der Grundsatz, den § 797 aufstellt. Oben hatten wir bereits im Falle des § 72 VaSt mit *Klang* eine Ausnahme davon angenommen; einen weiteren Ausnahmefall sieht *Klang* [69] in dem Erbschaftserwerb des siegreichen Erbschaftsklägers, also desjenigen, der gemäß § 823 kraft besseren Erbrechtes dem eingewiesenen Besitznehmer die Erbschaft wieder abverlangt. Mit Rücksicht auf die Fassung des § 799 war es zweifelhaft und bestritten, ob der siegreiche Erbschaftskläger,

---

[68]) In bezug auf die dem Erben ausgefolgten Objekte ist die Sache so zu behandeln, als wäre ihm die Erbschaft schon eingeantwortet. *Wroblewski,* S. 262. S. dazu auch die ergänzenden formellen Bestimmungen der §§ 74 und 75 der III. Teilnovelle (vgl. u. S.).

[69]) § 797, 798 IV. So auch *Randa,* Verh. d. 13. D. Jur.-T. S. 214 A 21.

um die Erbschaft zu erlangen, nicht noch eine Erbserklärung abzugeben habe[70]). Seit dem Verlassenschaftspatent von 1854 ist jedoch fast einhellige Meinung, daß dies nicht erforderlich sei. § 180 VaSt sagt für den Fall einer nachträglich aufgefundenen letzten Willenserklärung, wenn also an einen Falschen eingeantwortet wurde, daß eine neuerliche Abhandlung nicht stattfinde. Der Berechtigte könne im ordentlichen Wege, d. h. mit der Klage, vorgehen. Diese Spezialregelung wird weit ausgelegt und auf alle Fälle ausgedehnt, wo gemäß § 823 gegen einen zu Unrecht Eingewiesenen vorgegangen wird. Es wird also ganz allgemein hier keine neue Abhandlung gefordert. Der Erbschaftserwerb vollzieht sich auf die Weise, daß der „Scheinerbe" dem siegreichen Kläger, dem „wahren Erben", die Erbschaftsaktiven übergibt[71]). Nicht schon das Urteil allein bewirkt den Erwerb, so wie etwa die Einantwortung (so *Ehrenzweig*, § 535 V 1)[72]). *Klang* weist mit Recht darauf hin, daß ja auch der Erbschaftsanspruch freiwillig erfüllt werden kann, also statt eines Urteils eine freiwilige[73]) Anerkennung des eingewiesenen Erben vorliegen kann.

Es ist mithin *Klang* Recht zu geben, wenn er in dieser nachträglichen Erlangung der Erbschaft einen Erwerb entgegen dem Grundsatz des § 797 erblickt, einen Erbschaftserwerb außerhalb der Verlassenschaftsabhandlung[74]).

---

[70]) S. dazu *Kirchstetter*, S. 392; *Unger*, § 36 Anm. 12; *Krasnop.*, S. 335; *Randa*, E. d. E. S. 30; *Klang-Schell*, § 824 III.

[71]) *Klang-Schell*, § 798 IV.

[72]) Die urteilsmäßige Feststellung des Erbrechtes des neuen Erbprätendenten legitimiert den nachträglichen Erbschaftserwerber als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers und macht ihn zum Inhaber derjenigen Rechte, zu deren Erwerb ein besonderer Rechtsakt nicht erforderlich ist. Ist aber ein solcher erforderlich, so muß er besonders vollzogen werden. *Klang-Schell*, § 823 III 1. S. dazu *Touaillon*, Zentr.Bl. 31, 973 ff.

[73]) *Klang*, § 823 (S. 840).

[74]) Es handelt sich hier um einen wirklichen erbrechtlichen Erbschaftserwerb, anders als bei der Jure crediti-Einatwortung (s. oben). Bestritten ist, wie die Verpflichtungswirkung dieses Erwerbes, insbesondere die Haftung ist. Unbillig erscheint die Meinung (*Ehrenz*, § 535 VIII), daß der Erbe so haftet, wie der Erbschaftsbesitzer gehaftet hat, daß er also die Erbserklärung desselben gegen sich gelten lassen müsse. Zutreffender scheint mir die Auffassung, welche die auf den gerichtlichen Erwerb zugeschnittenen §§ 801, 802 hier überhaupt nicht Anwendung finden läßt, und die entstehende Gesetzeslücke sachgemäß ausfüllt auf Grund allgemeiner Überlegungen (*Klang*, § 802 III). Das Sachgemäße wäre hier eine auf den Wert der erlangten Verlassenschaft beschränkte Haftung (*Klang*, § 823, III, 2).

Die Haftung ist aber nicht eine spezifisch erbrechtliche Haftung, sondern ein Fall der allgemeinen Haftung des Vermögenserwerbers. Dieser Erwerb

Es muß hier noch des im Leben häufigsten Falles gedacht werden, daß nicht ein Erbe allein vorhanden ist, sondern eine Mehrheit von solchen die Erbschaft erhält.

In der Regelung des ABGB spielt der Gedanke der amtlichen Nachlaßverwaltung, wie gesagt, eine große Rolle. Die Verlassenschaftsabhandlung war ursprünglich noch im 18. Jahrhundert Nachlaßliquidation; nur der sogenannte „reine Nachlaß" wurde dem Erben gegeben[75]). So kommt es, daß Vorschriften über das Verhältnis der Miterben vor der Einantwortung kaum vorhanden sind.

Da im österreichischen Recht kein Anfallsprinzip herrscht, entsteht die Gemeinschaft nicht bereits mit dem Erbfall. Eine Gemeinschaft wird vielmehr erst von dem Augenblick an angenommen, wo die Erbserklärungen und Erbrechtsausweisungen der zum Nachlasse gemeinsam Berufenen (durch Gesetz oder durch letzte Willenserklärung) vorliegen[76]). Worauf sollte sich auch diese Gemeinschaft bis dahin erstrecken, wo doch noch gar nicht feststeht, ob die Berufenen den Nachlaß erlangen wollen? Sie können ja ausschlagen oder bedingt oder auch unbedingt annehmen (vgl. § 807).

Was Gegenstand der Gemeinschaft ist, ist bestritten. Die Entscheidung hierüber hängt ab von der Stellungnahme zu der lebhaft umstrittenen Frage, ob der Erbschaftserwerb schon mit der Antretung oder erst mit der Einantwortung geschehe. (Eingehenderes darüber s. später S. 37 f.).

Mit der überwiegenden Meinung, welche die Einantwortung für den Erwerb maßgebend sein läßt, nehmen wir an, daß Gegenstand der Miterbengemeinschaft zunächst nicht das Nachlaßvermögen und nicht das Recht an den einzelnen Nachlaßsachen ist, sondern das „Erbrecht"[77]), das ja nach dem ABGB als dingliches Recht anzusehen ist (§§ 308, 532, S. 2).

Für diese Gemeinschaft gilt die Überschrift des XVI. Hauptstückes „Von der Gemeinschaft anderer dinglichen Rechte" (vgl. § 825).

---

hat Ähnlichkeit mit dem Erwerb derErbschaft durch Veräußerung gemäß § 1282. Die Haftung des eingewiesen ersten „Erben" erlischt nicht von selbst. Letzterem obliegt gegenüber den Gläubigern der Nachweis, daß nicht er, sondern der Kläger, der wahre Erbe sei und er diesem die Verlassenschaft ausgehändigt habe.

[75]) S. *Unger*, Verl. Abh. S. 117; *Ehrenz*, § 481 Anm. 15 c.

[76]) *Klang-Handl*, § 550 I 3; *Krainz*, II § 512 I. Vgl. unten (S. 47) die Vorstellung von der stufenweisen Verwirklichung d. Erbschaftserwerbs.

[77]) *Mayr*, II S. 262. Die Nachlaßsachen selbst werden nur mittelbar von dem Erbrecht ergriffen (*Klang-Handl*, § 550 I 2).

Sondervorschriften über die Miterbengemeinschaft, wie das BGB in den §§ 2032 ff., enthält das ABGB nicht.

In Ansehung dieses ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes werden die mehreren Erben „für eine Person angesehen" (§ 550). Bis zur Einantwortung bildet das Erblasservermögen ein Sondervermögen, das noch nicht den Erben gehört, aber für sie erhalten und verwaltet werden muß, bis es ihnen zur freien Verfügung durch den Verlassenschaftsrichter überlassen wird (h. M.).

Die Miterbengemeinschaft in dem hier angenommenen Sinn endet mit der Einantwortung[78]). Nach der Einantwortung besteht auch noch eine Miterbengemeinschaft, aber diese ist anderer Natur. Die Miterben haben jetzt das Miteigentum der körperlichen Nachlaßgegenstände nach Verhältnis ihrer Bruchteile; die teilbaren Nachlaßforderungen zerfallen in entsprechende Teilforderungen, andere werden gemeinschaftlich[79]). In der Einantwortungsurkunde wird bestimmt, zu welchem Teile (ob zur Hälfte, einem Drittel usw.)[80]) die Erbschaft jedem eingeantwortet wird. (§ 174 VaSt.)

Die Zuteilung von einzelnen konkreten Nachlaßsachen ins Alleineigentum des einzelnen Gemeinschaftsmitgliedes erfolgt, wie bei allen Rechtsgemeinschaften, im Wege einer Auseinandersetzung, durch die Erbteilung. Über sie enthält das ABGB keine besonderen Bestimmungen. Es gelten die allgemeinen Teilungsvorschriften der §§ 840–849 sinngemäß. Das Verlassenschaftspatent behandelt sie in den §§ 165–171.

II. Erörterung des Meinungsstreites über den Eintritt des Erwerbs.

Angesichts der verwickelten gesetzlichen Regelung[81]), deren Darstellung allein schon Schwierigkeiten macht infolge der unzusammenhängenden, in verschiedenen Gesetzen zerstreuten und vielfach unklaren Bestimmungen, ist es nicht verwunderlich, daß über das Problem des Erbschaftserwerbs in Lehre und Praxis erhebliche Kontroversen bestehen. Die bedeutendste und am meisten er-

[78]) *Klang-Handl*, § 550 I 4.

[79]) *Ehrenz*, § 512 II.

[80]) Anders die Teilzuweisung einzelner Gegenstände gemäß § 145 II VaSt.

[81]) *Klang-Schell* (Vbm. zu § 797) erwähnt diesen Mangel des ABGB und weist auf das BGB hin, das im 2. Abschnitt des V. Buches die Normen über den ‚Erwerb' gut zusammengefaßt und klar von denen über die ‚Stellung des Erben' geschieden habe. Vgl. auch *Randa*, Erw. d. Erbsch. S. 91.

örterte Streitfrage lautet: In welchem Zeitpunkt erwirbt der Erbe die Erbschaft?[82])

So viele Möglichkeiten denkbar sind, so viele Ansichten sind auch vertreten worden: die erste[83]) knüpft den Erwerb nach dem Vorbild des deutschen Rechts an den Erbfall; die zweite[84]) romanisierende Richtung nimmt an, daß der Erbe den Nachlaß mit der Antretung erwerbe; die dritte[85]) (heute wohl überwiegende) Meinung läßt den Erwerb erst mit der Einantwortung eintreten[86]).

Wenn wir die verschiedenen Auffassungen näher betrachten und Stellung zu ihnen nehmen, um schließlich unsere Meinung herauszuarbeiten, müssen wir uns nochmals ins Gedächtnis zurückrufen, was wir unter Erwerb der Erbschaft verstehen wollten. (Vgl. oben S. 76 ff.) Unsere Fragestellung lautet nicht, wie und wann wird man Erbe? (Erwerb der „Erbenschaft"), sondern wann erwirbt man die Verlassenschaft? Wenn auch im österreichischen Recht unter „Verlassenschaft" im technischen Sinn zweifellos nicht nur die Aktiven zu verstehen sind[87]), so läuft unsere Untersuchung des Erbschaftserwerbes doch hauptsächlich auf die Frage hinaus, wann werden die „Rechte" erworben?; es wird im wesentlichen Erbschaftserwerb und „Eigentums"erwerb gleichgesetzt[88]). Die Frage des Erwerbes der

---

[82]) In § 533 ist nur der titulus zum Erbschaftserwerb angegeben, nicht der modus desselben.

[83]) *K. Wolff*, S. 288; *Wroblewski* i. Z.Bl. *23*, 258 ff.; *Kirchstetter*, § 5 IV. (a. A. bei §§ 536, 797. S. u. Anm. 85).

[84]) *Unger*, §§ 7, 40; *Pfaff-Hofm.*, S. 41; *v. Anders*, S. 45; *Strohal*, Grünh. Z. *3*, *323*); *Touaillon*, S. 100; *Stubenrauch*, S. 740 (a. A. S. 1001); *Steinlechner*, I ,433 ff., II 118 ff., aber mit der Besonderheit, daß er unter „Erbschaftserwerb" anders als wir das „Recht, Erbe zu sein", versteht (II S. 118). S. ferner *Rintelen*, S. 47–50.

[85]) *Zeiller*, II S. 863; *Kircstetter*, §§ 536 Anm. *2*, 797 Anm. *2*; *Stubenrauch*, § 819 (S. 1001) (s. oben A 84); *Randa*, Besitz, S. 476, Eigt., S. 382, E. d. E. S. 92; in Krit. V. S. 16, 527; *Pineles* (Anonymus), Grünh. Z. 14, 139; *Krainz*, II S. 519, 607; *Ehrenz*, § 481 I 3; *Walker*, Öster. Exekut. S. 320; *Klang*, § 547 III; *Krasnop.*, S. 38; *Mayr*, II S. 256; *Siber*, Haftung für Nachlaßschulden, S. *23*; *Roitz* in Ratzenhofer, S. 37.

[86]) Zu diesem Meinungsstreit, der seine Ursache in der mißverständlichen Fassung des Gesetzes selbst hat, vgl. d. eingehenden Ausführungen *Chorinskys* (S. 163–195) der z. Meinung II hinneigt.

[87]) § 531: Verlassenschaft = Inbegriff der Rechte und Pflichten des Verstorbenen. Vgl. *Klang*, § 531 II 1 (S. 21); *Wroblewski*, S. 268.

[88]) Vgl. *Randa*, Eigt. S. 382; *Klang-Schell*, § 797, Anm. 18. Im übrigen stehen wir durchaus auf dem Standpunkt, daß Gegenstand des Erbrechts eigentlich nicht eine universitas rerum, eine Summe der einzelnen Nachlaß-

„Pflichten" interessiert uns nicht primär. Sie hängt nur damit unmittelbar und genetisch zusammen, gehört aber nach der von uns gewählten Terminologie nicht in die Frage des Erbschaftserwerbs, sondern in die allgemeinere des Erwerbs der „Erbenschaft" oder „Erbenstellung".

Meinung I.

Als erste betrachten wir die Auffassung, welche den Erwerb bereits mit dem Anfall eintreten läßt[89]). Ihr Gedankengang ist der: Eine ganze Reihe von Vorschriften lassen sich am besten mit dieser Ansicht erklären. Und da die Gegenansicht, daß die Antretung den Erbschaftserwerb bewirkte, nicht erweisbar sei, verdiene die erste den Vorzug[90]). Im einzelnen führt man folgende Argumente ins Feld:

1. Der Antretung sei für den Erwerb der Erbschaft keine Bedeutung beizumessen trotz des vielfach von der Gegenseite herangezogenen § 547. Letzterer spreche in den beiden ersten Sätzen[91]) von der Wirkung der erfolgten Annahme und gebe bei dieser Gelegenheit, ohne übrigens auf die Vorschriften §§ 797 ff. Rücksicht zu nehmen, eine Umschreibung des Wesens der vollwirksamen Erbfolge; er verbinde jedoch nicht den Erwerb mit der Annahme und schließe mithin den Erwerb vor der Annahme nicht aus[92]). Denn was sollte bei widersprechenden Erbserklärungen mehrerer angenommen werden?

---

sachen und -Rechte, ist, sondern vielmehr eine universitas iuris, ein Rechtsbegriff, der das Vorhandensein von Vermögensobjekten keineswegs voraussetzt. Man kann „Erbe werden", ohne irgendwelche Nachlaßaktiven erworben zu haben. S. *Klang*, § 532 II, S. 27. Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen *G. Boehmers* in R. G. Prax. III S. 216 ff.

[89]) *Wroblewski*, S. 361 ff.; *Wolff*, S. 288; *Azzoni*, zit. bei *Steinlechner*, I S. 435.

[90]) Zu einer eingehenden Stellungnahme gegenüber der dritten Meinung wird sie nicht genötigt (kurze Ablehnung bei *Wroblewski*, S. 364), da sie selbst einräumt, daß trotz des von ihr angenommenen ipso-iure-Erwerbs die Vollwirksamkeit erst mit der Einantwortung eintritt (*Wroblewski*, S. 257, 258, 261). Das erworbene Recht muß man sich als ein einstweilen noch nicht ausübbares denken; zu vergleichen wäre es etwa mit dem Eigentum des Gemeinschuldners an den Sachen der Konkursmasse (*K. Wolff*, S. 288). Die Einantwortung ist nach dieser Ansicht einfach das, was § 797 sagt: Die Übergabe in den rechtlichen Besitz; sie steht also auf der gleichen Stufe wie die gerichtliche Freigabe (§ 217 VaSt) des Vermögens eines Minderjährigen, der großjährig wird (*Ehrenz*, § 481 12).

[91]) Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für eine Person gehalten.

[92]) So übrigens auch *Klang-Handl*, § 547 III und die dort Zit.

Der dritte Satz[93]) habe nur die Bedeutung, „daß vor der Annahme die persönlichen Eigenschaften des Erben gar nicht in Betracht kommen, vielmehr, wenn es auf diese Eigenschaften ankommt, alles nach der Person des Erblassers zu beurteilen ist" (*Wroblewski*, S. 362)[94]). Wollte man den Satz wörtlich nehmen und ihn dahin verstehen, daß er die zeitliche Unmittelbarkeit der Nachfolge wirklich ausschließt, und dementsprechend ein Übergangsstadium[95]) annehmen, innerhalb dessen der Erbe noch nicht als Subjekt des Erbvermögens anzusehen ist, so würde man sich in einen Widerspruch mit den §§ 537[96]), 545[97]) verwickeln.

2. Als zweites Argument wird diese Vererblichkeit des „Rechtes des Berufenen" gebracht, die sich am besten aus dieser Auffassung erkläre.

3. Ferner wird der § 545 als Stütze herangezogen, nach dem die Erbfähigkeit sich nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls bestimmt, der regelmäßig mit dem E r b f a l l identisch ist (§ 545 S. 2).

4. Auch der § 1282 kann zugunsten dieser Ansicht verwertet werden. Wer eine angefallene Erbschaft veräußert, haftet nämlich nach der Einantwortung an den Erwerber für die Erbschaftsschulden, mag auch erst der Erwerber die Erbschaft angetreten haben. Eine Begründung hierfür ergibt sich ohne weiteres, wenn man davon ausgeht, daß der Erbe bereits ohne Annahme Erbe und damit Schuldner geworden ist und daß also, sobald sein[98]) Erbrecht gerichtlich durch die Einantwortung an den Erwerber anerkannt wurde, die Erbschaftsgläubiger als seine Gläubiger[99]) auftreten können, da ein lebender Schuldner

5. Der § 604 (letzter Satz) sagt: „Der in der Reihe zunächst Berufene wird Erbe." In dieser Formulierung wird ebenfalls ein Indiz für den Anfallgrundsatz erblickt.

---

[93]) Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

[94]) Siehe S. 101 a. f.

[95]) *K. Wolff* führt noch als Beleg an, daß diese Auffassung schon aus dem Prinzip hervorgehe, daß der Erbe stets u n m i t t e l b a r e r Nachfolger des Erblassers sei, was sich aus vielen Vorschriften zweifellos herleiten lasse (S. 288).

[96]) Nach § 537 geht, wenn der Erbe den Erblasser überlebt hat, das Erbrecht auch vor Übernahme der Erbschaft, wie andere frei vererbliche Rechte, auf die Erbeserben über.

[97]) Nach § 545 bestimmt sich die Erbfähigkeit nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls, der regelmäßig mit dem Erbfall identisch ist.

[98]) *Wroblewski*, S. 364.

[99]) *Wroblewski*, a. a. O., sagt hier wohl versehentlich „Schuldner" (?).

den Gläubigern eine andere Person nicht ohne ihr Zutun zum alleinigen Schuldner aufdrängen kann.

6. Endlich wird das Gesetz v. 6. 2. 19 herangezogen (§§ 9, 14)[100]. Nach ihm tritt die Gebührenpflicht regelmäßig schon mit dem Tode des Erblassers ein. Man folgert daraus, daß der Grund dafür in dem bereits erfolgten Erbschaftserwerbe liegen müsse.

Gegen die Meinung muß zunächst gesagt werden, daß eine erhebliche Stütze, nämlich ihr Ausgangspunkt selbst, fortgefallen ist. Sie nahm den § 822 ABGB zur Grundlage ihrer Untersuchung[101]. Diese Bestimmung ist aber mit der III. Novelle vom 19. 3. 1916 in eine neue, veränderte Fassung gebracht worden. Früher lautete die Vorschrift[102]: „Gläubiger des Erben können zwar das ihm angefallene Erbgut auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung belegen. Eine solche Sicherstellung kann jedoch nicht anders als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte erteilt werden, daß sie den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachteilig und erst vom Zeitpunkt der erlangten Einantwortung wirksam sein solle." Daraus, daß den Gläubigern des Erben Sicherungs- und Exekutionsmittel auf den Nachlaß zustehen, als wäre dieser bereits ein „homogener Bestandteil des Erbenvermögens", hatte man gefolgert, daß der Erbe auch die Erbschaft bereits erworben haben müsse. Denn auch die Bestimmung, daß die Sicherung erst mit der Einantwortung wirksam werde, schließe nicht aus, daß auch schon vor derselben, also sofort, Wirkungen, z. B. „Verbotswirkungen"[103], eintreten. Erkennt man dies an, dann liegt die Folgerung nicht fern, daß der Grund der Wirksamkeit dieses Gläubigerrechts eben nur der Umstand sein kann, daß der Schuldner, also der Erbe, bereits die Haftungsobjekte in seinem Vermögen und mithin die Erbschaft erworben hat.

Mit dem neuen Wortlaut des § 822, der lediglich bestimmt, daß die Erbengläubiger vor der Einantwortung nur auf die einzelnen Bestandteile des Nachlasses Exekution führen können, über welche dem Erben vom Nachlaßgericht die freie Verfügung (§ 145 II VaSt)[104] überlassen worden ist, ist der obigen Beweisführung der Boden entzogen. Zwar gewährt der nicht in § 822 ABGB aufgenommene § 75[105] der III. Novelle weiterhin ein Sicherungsrecht der Erbengläubiger im

---

[100]) Erbgebührengesetz.

[101]) *Wroblewski*, S. 361.

[102]) *Klang-Schell*, § 822 Anm. 1.

[103]) *Wroblewski*, S. 258, 259.

[104]) *Klang-Schell*, § 822 III.

[105]) Abgedr. bei *Rob. Mayr* unter § 822.

Wege einstweiliger Verfügungen. Aber da die einstweilige Verfügung hier keinerlei Pfand- oder Befriedigungsrecht, auch nicht ein durch die Einantwortung bedingtes, schafft[106]), sondern lediglich objektiv die Aufrechterhaltung des Status quo bewirkt, ist die weitere Folgerung, daß der Erbe als der Schuldner der Gläubiger bereits die Erbschaft erworben habe, nicht mehr so naheliegend.

Außer dieser Erschütterung ihrer Grundlage ist m. E. gegen jene Meinung und ihre Argumente im einzelnen vorzubringen:

1. Wenn es wirklich der im Gesetz geltende Grundsatz ist, daß die Erbschaft bereits mit dem Erbfall ipso iure erworben wird, dann besagt § 537, der die Vererblichkeit des Rechtes des Berufenen festsetzt, nichts Besonderes. Was er bestimmt, würde sich von selbst verstehen. Er wäre überflüssig. Gerade aus dem Vorhandensein der Vorschrift des § 537 kann man auch schließen, daß der Anfallsgrundsatz nicht besteht[107]).

2. Die Berufung auf § 1282 in Verbindung mit § 1278 verliert an Gewicht durch den Hinweis, daß die ganze Regelung des Erbschaftsverkaufs erheblich von einer wirtschaftlichen Anschauungsweise beherrscht wird und die konstruktiv scharfe Unterscheidung zwischen dem „Recht aus der Delation" und dem „zu erwerbenden Nachlaß" vernachlässigen kann, weil sie für die Bewertung im Verkehr nicht in Betracht kommt[108]). Man sollte deshalb aus ihr nicht exakte juristische Folgerungen herleiten.

3. Aus der Wendung des § 604 kann nichts Wesentliches für den Erbschaftserwerb entnommen werden; denn es ist eben nicht dasselbe, „Erbe sein" und „die Erbschaft haben"[109]); diese Unterscheidung ist schon im römischen Recht zu machen (heres esse, — hereditatem habere). Die Gesetze bezeichnen vielfach in abgekürzter Redeweise denjenigen als Erben, der bloß berufen ist, die Erbschaft aber noch nicht erlangt hat[110]).

4. Das Gesetz vom 6. 2. 1919 kann gleichfalls nicht als Beleg für die Richtigkeit der Meinung herangezogen werden[111]). Zwar ist es

[106]) *Klang-Schell,* § 822 II.

[107]) Vgl. dazu *Pfaff-Hofm.,* § 537 Anm. 7.

[108]) Vgl. *Klang,* § 537 Anm. 6; *Pineles* (Anonymus), Grünh. Ztschr. 14, S. 103: sofort durch den Erbanfall erwirbt der Erbe ein neues Vermögensrecht ipso iure, dessen Wert eben der Wert der Erbschaft ist (Recht auf die Erbschaft, ius succedendi).

[109]) S. oben S. 16.

[110]) Vgl. *Klang-Schell,* § 798 III 2. (Wenn d. BGB in §§ 1946, 1952, 1959 vom „Erben" spricht, so meint es auch nur den „vorläufigen". Immerhin hat dieser aber d. Erbschaft schon erlangt.)

[111]) *Ehrenz,* § 481 I 3 (S. 331).

zutreffend, daß die Gebührenpflicht regelmäßig schon mit dem Tode des Erblassers eintritt; aber sie setzt eben den Eigentumserwerb nicht voraus. Der gleiche Zeitpunkt gilt nämlich auch für die Gebühr von Vermächtnissen, obwohl zweifelsfrei ist, daß eine vermachte Sache noch nicht mit dem Erbfall, sondern, ebenso wie im deutschen Recht, erst auf Grund eines obligatorischen Anspruchs gegen den Beschwerten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben wird. (§ 684 S. 2 ABGB.)

5. Endlich können wir in Anbetracht unserer oben dargelegten Auffassung vom Erbschaftserwerbe dieser Meinung nicht folgen, da sie ja selbst zugibt, daß mit dem Anfall ein vollwirksamer Erwerb noch nicht erfolgt, dieser vielmehr erst mit der Einantwortung eintrete[112]). Ihre Vertreter räumen ein, daß die Nachfolge des Erben bis dahin „im Prinzip nur potentiell sei", „außerhalb der Vorschriften der §§ 537, 822 (alter Fassung), 1282 keine Wirksamkeit äußere" und daß in den meisten Beziehungen die Erbschaft vor der Einantwortung so behandelt werde, als wenn sie dem Erben noch nicht gehörte.

Zwar ist die Meinung nicht ohne beachtliche Gründe. Jedoch wegen der Gegengründe und vornehmlich aus der Erwägung, daß derjenigen theoretischen Auffassung der Vorzug zu geben ist, welche nicht nur einzelne Fragen erklärt, sondern die Fülle der praktischen Erscheinungen am umfassendsten deckt, entscheiden wir uns gegen diese erste Meinung.

Meinung II.

Die zweite große Lehrmeinung geht dahin, daß der Antritt wie im römischen, so auch im österreichischen Recht, den Erwerb der Erbschaft bewirke[113]). Sie stützt sich auf folgende Überlegungen:

Das ABGB ist in einer Zeit entstanden, in der die Herrschaft des römischen Rechts in der Form des usus modernus in der gerichtlichen Praxis und wissenschaftlichen Theorie sich durchgesetzt hatte. Es stehe fest, daß auch die Redaktoren des Gesetzbuches in dieser Vorstellungswelt gelebt hätten und darum sei angesichts des Umstandes, daß § 547 und anderen Bestimmungen von einer „Annahme" die Rede sei, die Folgerung naheliegend, daß die römisch-rechtliche „Annahme" und überhaupt die ganze römisch-rechtliche Art des Erbschaftserwerbs grundsätzlich gemeint sei.

---

[112]) *Wroblewski,* S. 257, 258, 361, 365. „Wurde die Erbschaft einem anderen eingeantwortet, dann ist der Prätendent bis auf weiteres gar nicht Erbe, obgleich ihm das materielle Recht zur Seite steht." (S. 257.)

[113]) Nach ihr erwirbt der Erbe mit dem Zeitpunkt des Antritts das Eigentum an allen sowohl beweglichen als unbeweglichen Nachlaßsachen, an welchen dem Erblasser das Eigentum zukam; so *Strohal* in Grünh. Ztschr. 3, 324 (trotz §§ 436, 819; hiergegen *Unger,* Syst. II 21).

Außer diesen allgemeinen, gleichsam systematisch-prinzipiellen Überlegungen können aber die verhältnismäßig zahlreichen Vertreter[114]) dieser Auffassung wenig Einzelargumente vorbringen[115]). Immerhin ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 547 tatsächlich ein gewichtiges Beweisstück darstellen könnte, wenn er nicht durch andere unmißverständliche Vorschriften des Gesetzes in seiner Bedeutung und Tragweite erschüttert würde.

Die zugunsten der ersten Meinung (ipso-iure-Erwerb) angeführten §§ 545, 537 verdienen hier Erwähnung. Sie lassen zum mindesten erkennen, daß das ABGB die romanistische Regelung nicht rein durchgeführt hat. Vor allem wird der § 547 durch die Bestimmungen der §§ 797 ff. dermaßen beeinträchtigt, daß man ihn als einen bloßen Lehrsatz[116]), ein theoretisches Prinzip, bezeichnet hat, den das Gesetz selbst an anderen Stellen ignoriert und jeglicher praktischen Wirksamkeit entkleidet habe[117]).

Angesichts dieser Tatsachen muß diese zweite Meinung als eine etwas dogmatische[118]) und von der Befangenheit in römisch-rechtlichen Vorstellungen nicht ganz freie Auffassung abgelehnt werden, um so mehr, als auch die oben herangezogene allgemeine Begründung angreifbar ist.

Die Herrschaft des römisch-gemeinen Rechts in den österreichischen Staaten war keineswegs so unbestritten, wie man es zur Bejahung der Meinung annehmen müßte[119]). Vielmehr hatte sich in den österreichischen Ländern eine eigentümliche und eigengewachsene Rechtsentwicklung mit dem Institut der obrigkeitlichen Nachlaßeinweisung vollzogen, die zur Zeit der Gesetzesentstehung auf dem Boden des abklingenden josephinischen aufgeklärten Absolutismus und

---

[114]) Es ist ihnen der Vorwurf nicht ganz zu ersparen, daß sie einfach ihre Behauptung aufstellen und dann, statt eine Begründung zu bringen, nur die ähnlich lautende Behauptung eines anderen Vertreters derselben Meinung zitieren.

[115]) *Unger*, § 7 Anm. k (S. 29) zit. zur Begründung Digestenstellen!

[116]) *Klang*, § 547 III; *Wroblewski*, S. 362; *Ehrenz*, § 481 I 3; *Randa*, Krit. V. S. 16, 528.

[117]) *Randa*, E. d. E. S. 91, 93.

[118]) *Randa*, Eigt. 383 sagt ihr nach, sie beruhe auf einer petitio principii.

[119]) *Pineles* (Grünh. Ztschr. 13, 394 ff.; 14, 104, 127, 145) leugnet sogar für diese Fragen eine maßgebliche Rezeption des römischen Rechts. Er erklärt (s. u. bei Erörterung der dritten Meinung) den Erbschaftserwerb nach österreichischem Recht aus deutsch-rechtlichen Rechtssätzen, welche sich in ihm erhalten hätten (letzteres wird bestritten von *Touaillon*, S. 109). Für Rezeption d. röm. Rechts ist *Stubenrauch*, S. 740 Anm. 1.

in der Vorstellungswelt der Redaktoren als Männer dieses Zeitalters durchaus lebendig war[120]).

Tatsächlich ist die Meinung, deren Hauptvertreter *Unger*[121]) ist, nicht frei von gewundenen[122]) Gedankengängen und widerspruchsvoller Ausdrucksweise. Obwohl sie behauptet, „der Erbe werde unmittelbar durch den Erbschaftsantritt Herr des Vermögens, welches hiermit seine selbständige Existenz ganz und gar verliere und sich mit dem übrigen Vermögen des Erben zu einem Vermögen zusammenschließe", gibt sie andererseits zu, „daß die rechtliche Stellung des Erben als Herrn des Erbvermögens jedoch erst mit der erfolgten Einantwortung des Nachlasses wirksam hervortrete und vor diesem Zeitpunkt der Erbe in den meisten Beziehungen so betrachtet und behandelt werde, als hätte er die Erbschaft noch nicht angetreten. Die beiden Vermögensmassen blieben faktisch und rechtlich (?) getrennt und der Erbe stehe dem Nachlaß, der ihm ‚aktuell' noch nicht ‚gehört', wie ein Fremder gegenüber"[123]).

Auch die zur Stützung der Meinung von *Touaillon* (Ztrbl. 30, S. 100) vorgebrachten, nicht unbeachtlichen Hinweise auf die Kodifikationsgeschichte und Vergleiche mit den Gesetzen, die als Vorgänger des ABGB anzusehen sind, vermögen uns nicht zu seiner Auffassung zu bekehren. Abgesehen davon, daß die Entstehungsgeschichte als Richtschnur für die Auslegung einer Vorschrift zurückzutreten hat hinter der tatsächlich zustandekommenden Fassung und ihrer Bedeutung im

---

[120]) Wir halten die Meinung von *Randa* (Eigt. S. 383, Anm. 2, E. d. E. S. 94) für zutreffend, daß die Redaktoren keine völlige Klarheit über diese Fragen besaßen und sich des Gegensatzes zwischen dem römischen und österreichischen Recht nicht hinreichend bewußt waren.

[121]) Gegen seine Auffassung (Erbr. § 36), daß, genau wie im römischen Recht, die A n t r e t u n g auch a u ß e r g e r i c h t l i c h und stillschweigend geschehen kann, spricht m. E. folgendes: Aus §§ 1278, 1282 ergibt sich, daß noch nicht einmal in einer Veräußerung eine Antretung liegt; denn auch der Käufer kann noch antreten. Der Veräußerer hat also noch nicht angetreten. Wenn überhaupt eine formlose außergerichtliche Antretung möglich wäre, dann müßte man doch in dem mit dem Verkauf geäußerten Verhalten eine Antretung erblicken.

[122]) *Siber,* Haft. f. Nachlaßsch., S. 23 Anm. 4.

[123]) Vgl. *Unger,* § 40; *Steinlechner,* II S. 120 (sein Bekenntnis zu dieser zweiten Meinung wird übrigens verständlicher, wenn man bedenkt, daß er unter „Erbschaftserwerb" schon die Erlangung des „Rechtes, Erbe zu sein" versteht (S. 118). *Touaillon,* S. 210) sieht in der „Verschmelzung der Vermögensmassen", die, wie er eingesteht, erst mit der Einantwortung erfolgt, nur eine Nebenwirkung der Erlangung der Dispositionsfreiheit. Die Trennung der Massen sei lediglich eine formell-rechtliche und exekutionsrechtliche (§§ 802, 812, 822 a. F.), S. 212.

Gesamtsystem des Gesetzbuches, sind Touaillons Ausführungen den gleichen Einwendungen ausgesetzt, deren Berechtigung Unger bereits mittelbar eingeräumt hat[124]), und die uns zu einer Ablehnung veranlassen, weil wir eben diejenige Theorie befürworten, welche die praktischen Erscheinungen am besten deckt[125]). Damit ist zugleich seine weitere Bemerkung getroffen, daß sein Standpunkt nur dann zu verlassen sei, wenn er unmöglich und mit anderen Bestimmungen des Gesetzes unvereinbar wäre (S. 102). Natürlich kann man auch die Stellung des Erben nach der Erbserklärung, wenn er die Verwaltung und Vertretung hat (§ 810 ABGB; §§ 43, 145 VaSt) als Stellung eines Eigentümers, dem aber die Dispositionsfreiheit fehlt[126]), erklären. Jedoch läßt sich nicht leugnen, daß die natürlichere Anschauung dahingehen muß, noch keinen Eigentumserwerb anzunehmen[127]), da nun einmal die Dispositionsfreiheit für den Regelfall zum Eigentum gehört.

Meinung III.

Wir schließen uns der nunmehr zu erörternden dritten Meinung an, welche die Einantwortung für den Erbschaftserwerb maßgebend sein läßt.

Sie wurde vorwiegend in der Anfangszeit[128]) des ABGB vertreten und kann, nachdem zwischendurch in der Theorie die Meinung II das

---

[124]) Auch *Touaillon* selbst S. 104: „Durch die übrigen Bestimmungen wird der § 547 nur (?) um seinen praktischen Wert gebracht.

[125]) Bezeichnenderweise wird diese zweite Meinung durchweg nicht von Praktikern, sondern von Theoretikern verfochten (*Touaillon*, S. 100 I).

[126]) Bis zur Einantwortung (*Touaillon*, S. 111).

[127]) Dies vermag auch Strohal (Grünh. Ztschr. 3, 323) nicht zu entkräften durch seinen Einwand, daß der Erbe, gegen welchen die Erbschaftsgläubiger oder Legatare die *separatio bonorum* (§ 812) erwirkt haben, selbst nach der Einantwortung sich im wesentlichen noch immer in derselben Stellung befindet, die dem Erben sonst nur bis zur Einantwortung zukommt (Vertreter- und Verwalterstellung). Er meint, wenn in Ansehung eines solchen Erben trotz der auch nach der Einantwortung noch fortdauernden beschränkten Stellung feststehe, daß er die Erbschaft erworben habe, dann lasse es sich nicht rechtfertigen, den Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes auf die Einantwortung deshalb zu verlegen, weil sich der Erbe vor derselben in der beschränkten Stellung befindet.

Gegen Strohal ist zu sagen, daß eben die Erwirkung der „Vermögenstrennung" einen besonderen Fall darstellt, mit dem sich nichts gegen die Regel beweisen läßt.

[128]) *Strohal*, Grünhuts Ztschr. 3, 323 Anm. 125; *Chorinsky*, S. 165.

Übergewicht erlangte, heute wieder als herrschend[129]) in Lehre und Praxis[130]) angesehen werden.

Wir möchten aber zugleich betonen, daß dieser ganze Streit nicht über die Bedeutung eines Theorienstreites hinausgeht. Von erheblicher praktischer Wichtigkeit ist er nicht[131]). Er geht mehr um Worte und Bezeichnungsweisen. Über Fragen der praktischen Behandlung des Nachlasses und des Erben bestehen keine nennenswerten Meinungsverschiedenheiten. Gebracht wurde er nur, weil er tatsächlich in der österreichischen Erbrechtslehre einen breiten Raum einnimmt, und ferner, weil das zu seinem Austrag notwendige Abwägen des Für und Wider zu einem scharfen Durchdenken der Bestimmungen und damit einem besseren Verständnis führt. Aus dem Gesagten und dem noch Folgenden wird klar, daß es sich in der Tat um eine bloß theoretische Stellungnahme handelt. Man denke nur an unser Hauptargument, daß wir uns in dem Streit zugunsten derjenigen Meinung entscheiden wollten, die sich am ungezwungensten mit den praktischen Erscheinungen vereinbaren läßt. Wir geben zu, daß die anderen Meinungen auf Grund des Gesetzes nicht juristisch unmöglich[132]) und auch nicht unbedingt zwingend widerlegt worden sind. Es scheint uns, daß die österreichische Legislation über den Erbschaftserwerb wirklich ein „Janusgesicht“[133]) hat in dem Sinne, daß man nicht einen einzigen (den einen oder den anderen) Zeitpunkt für den Eintritt des Erwerbs als maßgebend bezeichnen kann, sondern daß in jeder der drei Meinungen etwas Richtiges steckt, insofern als eben mit jedem der drei fraglichen Zeitpunkte ein Schritt zur Vollendung des Erbschaftserwerbs getan wird; m. a. W. es erscheint die Meinung zutreffend, daß der Erwerb sich in progressiven Stadien vollzieht, daß bei ihm nicht von einer einzigen, sondern von einem „Komplex von Erwerbstatsachen“ gesprochen werden kann[134]). Der Erbschaftserwerb gehört zu jenem Typus von Rechtsveränderungen, deren Tatbestand sich aus mehreren Akten zusammensetzt (vgl. Eigentumserwerb an Liegenschaften: Titel, Einverleibungsbeschluß und tatsächliche Einverleibung).

Die für den berufenen Erben nach dem jeweiligen Stand der Erwerbstatsachen begründeten Befugnisse und Ansprüche[135]), die stu-

---

[129]) *Klang-Schell,* § 797 Anm. 36; *Randa,* Eigt. S. 384.

[130]) Vgl. Entsch. v. 30. 5. 1917 (in Zentr.Bl. 35, 957).

[131]) *Klang,* § 797 Anm. 36.

[132]) Anders *Randa,* Krit. V. S. 16, 528.

[133]) *Randa,* Erw. d. Erbsch., S. 91.

[134]) *Randa,* Eigt. S. 383; *Klang,* §§ 532 III, 537 I, 797 III 2.

[135]) *Pineles,* Grünh. Ztschr. 14, 103 f.

fenweise zum endgültigen Erwerb der Erbschaft führen, machen den Inhalt des bis dahin erfolgten „Erbschaftserwerbs" aus. Endgültig und perfekt wird dieser aber erst mit der Einantwortung[136])[137]).

Im einzelnen bestehen zwischen den Vertretern dieser Auffassung geringe Abweichungen in der Begründung sowie hinsichtlich der Bedeutung, die sie der Einantwortung beimessen. Im wesentlichen lassen sich zwei Spielarten unterscheiden: Die erste erblickt in der Einantwortung den zum Rechtserwerb notwendigen modus, eine Besitzübertragung (so *Krainz, Ehrenzwei, Pineles*). Die zweite *(Randa, Klang)* lehnt dies ab[138]). Aus der Natur des erbrechtlichen Erwerbes leitet sie vielmehr her, daß hier entgegen der allgemeinen Regel (§§ 425, 431) zum Eigentumserwerb weder Besitzerlangung bei Fahrnis, noch Einverleibung bei Liegenschaften notwendig sei[139]).

Bereits auf S. 33 haben wir zu der Frage, ob die Einantwortung die Funktion einer Besitzübertragung habe, kurz Stellung im verneinden Sinn genommen. Tatsächlich wird auch nicht vertreten, daß sie eine wirkliche Übergabe sei. Unter „Übergabe in den rechtlichen Besitz" (§ 797) wird allgemein nur die schriftliche Einantwortung verstanden, und diese kann nicht die Bedeutung einer Besitzeinräumung haben, da in der Einantwortungsurkunde noch nicht einmal die Aufzählung der einzelnen Nachlaßstücke gefordert wird. (§ 174 VaSt). Dagegen wird die Ansicht verfochten, daß die Einantwortung im übertragenen Sinn eine Übergabe darstelle. In dieser Richtung bewegen sich die Ausführungen von *Krainz* (S. 520) und *Ehrenzweig* (§ 481, I, 3)[140]):

Sie berufen sich in erster Reihe auf §§ 797 und 425. Nach letzterer Bestimmung könne das Eigentum einer Sache von einer Person auf eine andere nur durch Besitzübertragung (Übergabe) übertragen werden. Eine Ausnahme bezüglich des Eigentumsübergangs durch Erbgang enthalte das Gesetz nicht, wohl aber bestimme es in den

---

[136]) *Ratzenhofer-Roitz*, S. 37.

[137]) Bei solcher Auffassung büßen auch die von *Wroblewski* (S. 364) gegen die Meinung III erhobenen Beanstandungen an Gewicht ein, daß bei ihr die Transmission (§ 537) sowie die Bestimmung, daß für die Erbfähigkeit nicht der Zeitpunkt der Einantwortung, sondern der des Anfalls maßgebend ist, unerklärlich bleiben müßten.

[138]) *Randa*, Besitz, S. 475 und *Harrasowsky*, S. 67.

[139]) *Klang*, §§ 819 III; 436, 2 b.

[140]) Auch *Leinweber*, S. 28: Der Erwerb tritt erst mit der Einantwortung ein; Übergabe des Nachlasses ist als vierter Fall des § 427 anzusehen!

§§ 550, 797, 807, 818 und in der Aufschrift des XV. Hauptstückes[141]), daß die Nachlaßeinantwortung die juristische Bedeutung einer Besitzübergabe habe; es liege daher die Annahme nahe genug, daß a) erst damit in Gemäßheit des § 425 das Eigentum der Verlassenschaftsstücke und also die Verlassenschaft überhaupt an den Erben übertragen werde[142]); b) das gleiche ergebe sich daraus, daß das Gesetz bezüglich der Eigentumsübertragung der unbeweglichen Sachen durch Erbgang gleichfalls an der gewöhnlichen, im § 431 enthaltenen Regel festhalte; es bewirke nämlich bezüglich der Immobilien die Einantwortung nur Besitzübertragung, die Eigentumsübertragung werde wie sonst erst durch Grundbucheintragung bewirkt (§§ 436 und 819).

Dazu ist folgendes zu bemerken[143]):

Gegen b) ist vorzubringen, daß in § 436 die gerichtliche Überantwortung der Erbschaft in eine Linie gestellt wird mit dem rechtskräftigen Urteil auf Eigentumsübertragung und der gerichtlichen Teilung. Weil bei diesen letzteren Akten aber zweifellos der Besitz nicht übertragen[144]) wird, ist § 436 nicht geeignet zu beweisen, daß bei Immobilien die Einantwortung eine Besitzübertragung bewirkt. Dieser Paragraph befaßt sich nicht mit der Frage des Besitzerwerbs, sondern nur mit der des Eigentumserwerbs.

Das Argument a) ist nicht stichhaltig, weil eine Erbschaft nicht bloß aus körperlichen Sachen zu bestehen braucht; sie kann ebensogut teilweise oder ausschließlich aus Forderungen und sonstigen Rechten bestehen. Bei diesen kann man unmöglich vom Besitzübergang überhaupt und von einer Vermittlung ihres Überganges auf den Erben durch Besitzübertragung insbesondere sprechen. Es wäre aber widersinnig, anzunehmen, daß bei Forderungen sich der Erwerb des Erben anders vollziehe als bei körperlichen Sachen.

Die Auffassung, daß die Einantwortung Besitzübertragungswirkung habe, und überhaupt daß der Erbschaftserwerb an den Erbschaftsbesitzübergang geknüpft sei, verdient also in dieser Form keinen Beifall[145]).

---

[141]) Auch § 823 bezeichnet den mit der Erbschaftsklage zu Belangenden als „Besitznehmer".

[142]) Zumal die Einantwortung als Übergabe in den „rechtlichen", d. i. den zum Eigentumserwerb erforderlichen Besitz, bezeichnet wird (§ 797 mit § 1466); *Krainz*, S. 520; *Ehrenz*, § 170; Rvgl.Hwb. II S. 517.

[143]) Im übrigen verweisen wir auf die Ausführungen auf S. 33 a. E.

[144]) Vgl. *Randa*, S. 250 (Eigt.).

[145]) So auch *Klang*, § 797 III 1 mit Hinweisen auf die Redaktionsgeschichte und auf Äußerungen des Justizausschusses d. Nationalrates. *Rintelen*, S. 50; *Ofner*, Prot. II, 545.

Einen eigenartigen und mit nicht unbeachtlichen Gründen versehenen Standpunkt nimmt *Pineles* (Anonymus)[146]) ein, der hier eingruppiert werden muß:

Zwar hält er außer der Berufung nur die „Antretung" zum Erwerb für erforderlich und müßte deshalb zu den Vertretern der Meinung II gerechnet werden. Gleichwohl ist er hier einzureihen[147]), denn er betrachtet als „Erbschaftsantritt" nicht die Erbserklärung, sondern die Besitzübernahme der Erbschaft. Diese sei gemäß §§ 799, 797 in der Einantwortung zu sehen[148]). Insofern ist auch für ihn die Einantwortung Voraussetzung des Erbschaftserwerbes. Die Erbserklärung erscheint danach als ein „präparatorischer Akt" (S. 140)[149]).

Ausganspunkt seiner Meinung ist die Auffassung, daß das Erfordernis der Besitzergreifung der Erbschaft, das für das germanisch-deutsche Recht gegolten habe[150]), auch im österreichischen Recht Eingang gefunden habe und fortbestehe[151]) (S. 127, 145).

Was den Standpunkt von Pineles auszeichnet, ist, daß er frei von Widersprüchen die verworrene Regelung des Gesetzbuches zu erklären versucht. Vermöge seiner Ansicht über die Erbserklärung als „vorbereitender Akt", die mit der Einantwortung zusammen erst ein Ganzes ausmache, kommt er zu dem Schluß, daß die „Antretung" erst im Zeitpunkt der Einantwortung stattfinde. Nur im uneigentlichen Sinne habe man aber zuweilen schon die Erbserklärung als Antretung bezeichnet (so in § 800)[152]). Ein durch die Unklarheit des Gesetzes bedingtes „Doppelsystem" (Janusgesicht) besteht für ihn trotz des § 547 nicht. Er sagt, „Antretung" in dieser Bestimmung heiße deutsch-

---

[146]) Grünh. Ztschr. 14, S. 137 ff.

[147]) Grünh. Ztschr. 14, S. 139: Die vollen Wirkungen des Erbschaftserwerbs treten nicht mit der Erbserklärung ein.

[148]) S. 139: Die Besitznehmung findet in der Form der Einantwortung des Nachlasses durch das Gericht statt.

[149]) Grünh. Ztschr. 14, S. 140: Die Erbserklärung bildet in gewisser Hinsicht mit der Einantwortung ein Ganzes. Sie ist das Begehren des Erben um Einantwortung. Letztere ist die Gewährung dieses Ansuchens.

[150]) Seiner Meinung nach (S. 132 Anm. 12) findet auch im german.-deutschen Recht ipso iure durch den Erbfall nur der Erwerb eines „Rechts auf die Erbschaft" statt. Es ist immer noch eine Besitzergreifung durch den Erben erforderlich.

[151]) S. oben S. 44 Anm. 119.

[152]) S. 140 Anm. 20.

rechtlich „Besitznahme“[153]) und nicht dasselbe wie „aditio hereditatis“ (S. 127 ff., 138).

Abgesehen davon, daß (wie dargelegt) die Einantwortung als eine „Besitzübertragung“ nur im Sinne der höchst vagen und bildhaften Ausdrucksweise „Übergabe in den rechtlichen Besitz“ anerkannt werden kann, ist doch folgende Kritik an Pineles' Ausführungen zu üben: Ist schon das behauptete Erfordernis der „realen Erbschaftsannahme“ für das deutsche Recht nicht einhellige Meinung[154]), so hat er für seine Ansicht, daß das österreichische Recht dieses deutsche Recht rezipiert habe, in der Wissenschaft keine Parteigänger gefunden. Nach *Touaillon*[155]) ist diese letztere Ansicht als bestimmt unzutreffend abzulehnen.

Ebenso wird die Auslegung des § 547, nach der „Annahme“ der Erbschaft soviel wie „Inbesitznahme“ heißen soll, als klar gegen die Entstehungsgeschichte verstoßend verworfen[156]). Zur Vermeidung von Widersprüchen war für *Pineles* diese Auslegung notwendig, weil auch in § 537 der Ausdruck „Übernahme der Erbschaft“ i. S. von „Besitznahme“ aufgefaßt worden war. Auch dies wird von der h. M. im Hinblick auf die Kodifikationsgeschichte für unstatthaft angesehen.

Der Heranziehung[157]) des § 370 I 9 ALR, in welchem es heißt, daß das Recht des Erben, wenn er vor der Besitznahme der Erbschaft stirbt, auf die Erbeserben übergeht, besagt deshalb nichts für das österreichische Recht, weil ja im preußischen Recht überhaupt zum Erwerb keine Besitzergreifung notwendig ist (§ 368) und § 370 mithin etwas Selbstverständliches sagt. Endlich sind außer dem von *Pineles* selbst als unpassend erwähnten § 800 noch die §§ 806 und 810 gegen seine Auffassung anzuführen. Der Wortlaut dieser Bestimmungen läßt sich m. E. schlecht mit der Ansicht vereinbaren, daß Erbserklärung und Antretung nicht dasselbe seien, sonder „Antretung“ die Bedeutung von Inbesitznahme habe.

Wir fassen unsere Stellungnahme zu *Pineles* zusammen: Insoweit er vertritt, daß sich mit der Erbserklärung der Erbschaftserwerb noch nicht vollendet, sondern noch die Einantwortung hinzukommen muß, pflichten wir ihm bei. Was seine Meinung über die Besitzübertragungswirkung der Einantwortung betrifft, müssen wir ihm unsere Gefolgschaft versagen.

---

[153]) Mit Fleiß und Geschick ist versucht worden, aus alten Gesetzesbestimmungen Belege hierfür vorzubringen (S. 140 Anm. 21, S. 132 ff.).

[154]) S. *Wieynk*, S. 10 und die dort Zit. Vgl. S. 20.

[155]) S. 109.

[156]) *Touaillon*, S. 110.

[157]) *Pineles*, S. 137.

Wir stimmen vielmehr der noch übrigbleibenden Meinung zu, daß die Einantwortung zum Erwerb notwendig, aber überhaupt nicht mit Besitzübertragungswirkung ausgestattet sei und daß die Besitzerlangung gar kein Erfordernis des Erbschaftserwerbes darstelle[158]).

Fraglich kann hier nur noch sein, ob der Einantwortung konstitutive oder nur deklatorische Bedeutung bezüglich des Erbschafts-(Eigentums-)erwerbes zukommt[159]). Im Hinblick auf die Möglichkeit nachträglicher Erbschaftsklagen (§ 823) und auf den Wortlaut des § 819 („sobald der rechtmäßige Erbe vom Gericht ‚erkannt', d. h. ‚anerkannt' ist") wird überwiegend das zweite angenommen[160]).

Danach hat die Einantwortungsurkunde insofern nicht konstitutive Bedeutung, als sie nicht das Erbrecht desjenigen, dem sie erteilt wurde, schafft. Sie legitimiert lediglich denjenigen, für den sie ausgestellt wurde, als Erben, d. h. zur Geltendmachung und Ausübung der vererbten Rechte, und läßt ihn andererseits als den rechten Beklagten für alle Ansprüche erscheinen, die gegen den Erblasser bestanden[161]).

Bei der von uns akzeptierten Auffassung *Klangs,* welche die erbrechtlichen Befugnisse und Ansprüche dem Begriff des „Wartrechts" unterstellt und zwischen „Erbrechtserwerb" und „Erbschaftserwerb" unterscheidet, (*Klang,* § 532 III), muß ebenfalls keine eigentliche konstitutive Wirkung der Einantwortung angenommen werden; denn die Rechtsmacht eines Erben i. S. eines Wartrechts kommt dem Berufenen, dem die Erbschaft angefallen ist, auch unabhängig von der Einantwortung und selbst gegen den gerichtlich Eingesetzten zu. Sie zeigt sich wirksam in der Erbschaftsklage (§ 823).

Die Einantwortung hat die Bedeutung, daß sie dem Eingewiesenen von allen Berufenen die Rechtsstellung des relativ Bestberechtigten verschafft. Von dem Eingewiesenen wird bis auf weiteres angenommen, daß er der wirklich Bestberechtigte sei. Aber das Recht auf die Gesamtnachfolge bleibt auch nach der Einantwortung dem wahren Erben bis zum Ablauf der Verjährungszeit gewahrt (§ 823). Wirklicher Eigentumsübergang vollzieht sich mit der Einantwortung nur unter der doppelten Voraussetzung, daß der Erblasser Eigentümer war, und daß der Eingewiesene der wahre

---

[158]) *Klang-Schell,* § 819 III 1; *Randa,* Besitz, S. 475.

[159]) Vgl. *Steinlechner,* I S. 436; *Chorinsky,* S. 164/165.

[160]) *Krasnop.,* S. 323 und die dort Zitierten; *Mayr,* II, S. 256; *Randa,* Eigt., S. 383 in der Anm.

[161]) *Harrasowsky,* S. 69.

Erbe ist. Hier wird durch die Einantwortung der „Komplex der Erwerbstatsachen" vollständig gemacht, d. h. der Erbschaftserwerb abgeschlossen[162] [163]).

Im einzelnen läßt sich zugunsten der Meinung III in der von uns angenommenen Auffassung folgendes heranziehen:

1. Daraus, daß das Gesetz den Erben vor der Einantwortung, selbst wenn er die Erbserklärung abgegeben und sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen hat, nur „Verwahrer", „Besorger", „Verwalter", „Vertreter" usw. nennt (§ 810 ABGB, §§ 145, 43 VaSt), geht hervor, daß es ihn noch nicht als Eigentümer ansehen lassen will[164]).

2. Dies wird noch unterstrichen durch die Bestimmung, daß er Veräußerungen und Verpfändungen von Nachlaßstücken nur mit Zustimmung des Gerichtes vornehmen kann und zur Empfangnahme von Nachlaßgeldern der gleichen Zustimmung bedarf.

3. Auch aus § 690, der dem Erben das Recht gibt, bei einem durch Vermächtnisse erschöpften Nachlaß wenigstens Vergütung für seine Tätigkeit zu verlangen, ist zu schließen, daß er noch nicht Eigentümer war, sondern vorerst nur Verwalter einer fremden Masse.

4. Gegen die Annahme, daß der Nachlaß vor der Einantwortung ins Eigentum des Erben eingegangen und dadurch mit seinem Eigenvermögen verschmolzen sei, spricht einerseits die Bestimmung des § 822, nach der es den Eigengläubigern grundsätzlich versagt ist, vor der Einantwortung auf die Verlassenschaft Zugriff zu nehmen[165]),

---

[162]) S. dazu *Leinweber*, S. 29, der teilweise anderer Ansicht ist.

[163]) Für die Vertreter der Meinung, welche der Einantwortung die Funktion der Besitzübertragung beimessen, ist eine gewisse konstitutive Wirkung darin zu erblicken, daß sie dem Eingewiesenen den „rechtlichen Besitz", die ideelle Gewere, verschafft (*Ehrenz*, § 511 II 1; *Mayr*, II, 256).

Der einzige, der der Einantwortung eine absolut konstitutive Wirkung beilegt, ist *Leinweber* (S. 26 ff.): Er bekämpft die ganze (für das ABGB noch vertretene) Vorstellung einer „Sukzession" des Erben. Angesichts des Instituts der Verlassenschaftsabhandlung dürfte man nicht sagen, der Erbe erwerbe den Nachlaß, weil er Nachfolger des Erblassers ist, sondern umgekehrt: Der Erbe werde Nachfolger des Erblassers, weil er durch die Einantwortung den Nachlaß erworben hat.

[164]) Gegen die Schlüssigkeit dieser Behauptung wenden sich *Strohal* (Grünh. Ztschr. 3, 323); *Steinlechner*, II S. 119 und *Touaillon*, S. 104. Es ist ihnen jedoch entgegenzuhalten, daß (wie oben S. 46 bereits gesagt) eine „Verwalterstellung" in der Regel — Ausnahmen (wie z. B. § 1978 BGB) bestätigen diese Regel — nur einem Nichteigentümer zukommt, mithin die Annahme, daß doch noch kein Eigentum erworben ist, so lange gerechtfertigt erscheint, als der Beweis des Gegenteils noch nicht zwingend geführt ist.

[165]) Entsch. v. 30. 5. 1917 (in Zentr.Bl. 35, 958): „Vor dem Erwerb durch Einantwortung können die Erben zur Zahlung ad personam nicht angehalten werden."

und andererseits der Umstand, daß Erbschaftsschulden vor der Einantwortung nicht gegen den Erben geltend gemacht werden können (h. M.)[166]).

5. Eine weitere Stütze unserer Auffassung stellt der § 812 dar. Wenn dort gesagt ist, daß der Nachlaßgläubiger oder Vermächtnisnehmer, der befürchtet, durch die Verschmelzung der Verlassenschaft mit dem Eigenvermögen des Erben benachteiligt zu werden, bis zur Einantwortung die Absonderung des Nachlasses (Separation) verlangen kann, so ist damit zugleich ausgedrückt, daß bis dahin die Verschmelzung noch nicht erfolgt ist, sondern erst mit der Einantwortung eintritt[167]).

6. Eine Bestätigung des Gesagten ist ferner in den Vorschriften über die Haftung von Miterben zu erblicken. Wenn es in den §§ 550 und 807 heißt, daß „vor der Einantwortung alle für einen und einer für alle haften" und daß „bis dahin selbst der unbedingte Erbe die rechtliche Wohltat des Inventars genieße", so haben diese Bestimmungen doch wohl den Sinn, daß bis zur Einantwortung nicht nur die Vorbehaltserben, sondern auch die unbedingten Erben persönlich gar nicht für die Erbschaftsschulden haften, sondern insgesamt lediglich die einzig und allein haftende Erbschaftsmasse vertreten[168]). Wären sie durch die Erbserklärung bereits persönliche Schuldner geworden (Verpflichtungswirkung des Erbschaftserwerbes!)[169]), so müßten sie dafür mit ihrem Eigenvermögen aufkommen[170]).

---

[166]) *Randa,* Eigt. S. 383; *A. A. Steinlechner,* II, 119, der es gleichwohl „nicht für ausgeschlossen" hält, daß es sich „materiell" bereits um Schulden des Erben handele.

[167]) *Randa,* Eigt. 383; gegen diese Beweisführung wendet sich *Touaillon,* S. 105, der es für „denkbar" erachtet, daß man den Zeitpunkt, bis zu welchem man die Separation zulassen will, über den Zeitpunkt des Erwerbes hinausschiebt. Diesen Weg habe das ABGB eingeschlagen; im Einklang damit befänden sich die Bestimmungen, welche die Dispositionsfreiheit des Erben, solange die Separation zulässig ist, gewissen Beschränkungen unterwerfen.

Steinlechner, II, 119 unterscheidet zwischen einer „rechtlichen" und einer „faktischen" Separation. § 812 habe nur die faktische in Betracht gezogen. Dies letztere wird von *Unger* (Verl. Abh. 154), der im übrigen selbst ein Vertreter der Meinung II ist, bekämpft.

[168]) *Ehrenz,* § 481, I, 3; *Klang,* § 550, II, 4.

[169]) *Klang,* § 819 III 1.

[170]) *A. A. Pfaff-Hofm.,* S. 53 III: Nach ihm haben die Nachlaßgläubiger nicht die Erbschaft, sondern die Gesamtheit der Erben zum Schuldner. Diese Auffassung ist die Konsequenz seiner von uns als Meinung II bekämpften Ansicht, daß die Erbserklärung den Erwerb bewirke und damit die hereditas iacens aus dem Kreise der Rechtssubjekte (Schuldnereigenschaft!) ausschließe.

7. Auch für die Entstehungsgeschichte des ABGB wird hingewiesen, um unsere Meinung zu rechtfertigen[171]). In der Tat wird in Vorschriften des Codex Theresianus[172]) und des böhmischen Landtafelpatentes[173]) vom 22. 4. 1794 ausdrücklich die Maßgeblichkeit der Einantwortung und nicht der Erbserklärung für den Erbschaftserwerb betont[174]).

8. Endlich werden Bestimmungen des Grundbuchrechts (§§ 22, 23 Allg. Grundbuchges.) in diesem Zusammenhang erwähnt.

§ 23 bestimmt, daß wenn ein zu einer Verlassenschaft gehöriges Gut v o r der Einantwortung mit gerichtlicher Zustimmung an einen Dritten veräußert wurde, diesem die Eintragung seines Rechtes unmittelbar nach dem Erblasser zu bewilligen sei. § 22 sagt, wenn die Veräußerung n a c h der Einantwortung erfolgt, so ist die vorläufige Umschreibung des Erben zwar nicht erforderlich (der letzte Übernehmer kann vielmehr unter Nachweisung seiner Vormänner verlangen, unmittelbar eingetragen zuwerden), aber doch zulässig.

Hieraus wird deduziert, daß im ersten Fall der Erbe nicht Eigentümer geworden sei[175]), mithin die Erbschaft erst mit der Einantwortung erworben werde[176]).

G e g e n[177]) unsere Auffassung ist vorgebracht worden[178]):

1. daß sie keine Antwort auf die Frage zu geben vermöge, in welchem Zeitpunkt der Erbschaftserwerb für jenen Erben eintritt, der erst nach Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung gegen den Erbschaftsbesitzer, an den die Einantwortung erfolgt ist, mit der Erb-

---

[171]) *Ehrenz,* § 481 I 3 (S. 330); *Randa,* Eigt. S. 384.

[172]) S. darüber *Klang,* Bd. I, 7.

[173]) „Landtafel" hat ähnliche Bedeutung wie „Grundbuch".

[174]) *Randa* (S. 384 Anm. 2 a) muß j e d o c h z u g e b e n, daß der Codex Theres. n i c h t w i d e r s p r u c h s f r e i in dieser Frage ist und an anderer Stelle auch vom „Erwerb durch Antretung" spricht. (Vgl. *Steinlechner,* II, 118, Anm. 4.) Die Bedeutung des § 7 Böhm. Landtafelpat. ist durch die Kodifikationsgeschichte des § 547 ABGB in Frage gestellt, (so *Touaillons* Ansicht (108).

[175]) *Krainz,* S. 521; *Ehrenz,* § 481 (S. 330); *Randa,* Eigt. 384.

[176]) *Touaillon* (S. 108) bestreitet, daß dieser Schluß zwingend sei. Der Unterschied zwischen den §§ 22 und 23 l a s s e s i c h a u c h a n d e r s e r k l ä r e n. Es könne nämlich im Falle des § 23 die vorherige Eintragung des Erben einfach deshalb nicht erfolgen, weil zu dieser Zeit noch nicht durch die Einantwortung festgestellt sei, wer Erbe ist, die Eintragung des Erben aber nur auf Grund der Einantwortungsurkunde geschehen kann.

[177]) S. auch schon S. 46 Anm. 127.

[178]) *Strohal,* Grünh. Ztschr. 3, 323 Anm. 125.

schaftsklage auftritt, also für einen Erben, an den eine Einantwortung überhaupt nicht mehr erfolgt[179]).

Auf die Frage antwortet *Randa* selbst (S. 383)[180]) dahingehend, daß dann das in dem Erbschaftsstreit ergehende Urteil die Stelle der Einantwortung einnehme. Das Erbrecht wird dem Verklagten ab- und dem Kläger zuerkannt und eben damit die Fortdauer der hered. iac. bis zu diesem Zeitpunkt stillschweigend anerkannt.

Wir möchten die Antwort nicht in dieser Form aufrechterhalten. Richtig ist, daß entgegen der früher vereinzelt vertretenen Auffassung, der Nachlaß müsse mit dem nachträglichen Erwerber nochmals abgehandelt werden, in diesem Fall der Erbschaftserwerb ohne Abhandlung erfolgt (vgl. § 180 VaSt)[181]). Unzutreffend[182]) ist aber die Annahme, weil keine Verlassenschaftsabhandlung mehr stattfinde, grundsätzlich aber der Erbschaftserwerb an gerichtliche Erbserklärung und Einantwortung gebunden sei, trete hier auch kein Erbschaftserwerb ein. Sondern der § 797 gilt nicht ausnahmslos. Durch die tatsächliche Fassung der gesetzlichen Bestimmungen ist die objektive, von den Gesetzesredaktoren wohl nicht beabsichtigte Wirkung eingetreten, daß man jene Bestimmung in Sonderfällen für unverbindlich ansehen muß. Der Erbschaftserwerb des siegreichen Erbschaftsklägers vollzieht sich u. E. nicht schon durch das Urteil; wie sollte dies aus den allgemeinen Regeln hervorgehen, da ein Urteil für sich allein regelmäßig nicht Eigentumsübertragungswirkung besitzt? Man könnte vielmehr in diesem Ausnahmefall die „Antretung" (die in der Klagerhebung gesehen werden könnte)[183]) als hinreichenden Erwerbsakt ansehen[184]) oder (besser!) gemäß den Regeln der §§ 425, 436 den Erwerb erst durch das Urteil in Verbindung mit den „Erwerbsarten" (Übergabe, Eintragung) eintreten lassen[185]).

Es ist zuzugeben, daß diese Frage des nachträglichen Erbschaftserwerbes gemäß § 823 völlig befriedigend nicht gelöst ist. Mit unserer

---

[179]) S. oben S. 28 Anm. 43 und S. 34 a. E.

[180]) Vgl. *Touaillon*, Zentr.Bl. 31, 973.

[181]) S. oben S. 34 Anm. 69.

[182]) Vgl. dazu *Klang*, § 798 IV 2 a.

[183]) *Steinlechner*, 119; dagegen *Ehrenz*, § 511 A. 8.

[184]) Dagegen *Pineles*, 144.

[185]) So *Klang*, §§ 824 II 5, 824 III 1, der mit Recht darauf hinweist, daß das Urteil allein nur dieselbe feststellende Wirkung hat wie die außergerichtliche Anerkennung des Erbrechts des wahren Erben durch den Erbschaftsbesitzer. S. oben S. 35. A. A. *Touaillon*, Zentr.Bl. 31, 977.

Meinung, daß die Einantwortung keine konstitutive Bedeutung habe, kommen wir nicht ganz aus.

Denn wie erwirbt der wahre Erbe hier den Nachlaß?

Eine Einantwortung an ihn findet nicht statt. Eine Abtretung seitens des falsus heres kommt ebenfalls nicht in Betracht, da jener nach unserer Meinung die Erbschaft nicht erworben hat[186]) und also auch kein Eigentum an den Nachlaßsachen übertragen kann. Es bleibt nur zweierlei übrig:

a) Entweder man nimmt an, daß in dem Erbrecht des wahren Erbansprechers der Grund seines Eigentumerwerbes liegt. Dann ist aber nicht einzusehen, weshalb der Erbe nicht schon vor der Einantwortung auf Grund seines Erbrechts das Eigentum an den Nachlaßsachen erwerben kann; er brauchte die Verlassenschaftsabhandlung gar nicht abzuwarten. Er brauchte die Nachlaßsachen nur zu okkupieren und damit Besitz zu erlangen.

b) Oder aber man pflichtet *Leinweber*[187]) bei, daß der Einantwortung tatsächlich konstitutive Wirkung auch in der Weise zuzuschreiben sei, daß durch sie das Eigentum auch vom Pseudoerben erworben wird und der wahre Erbschaftsansprecher den Nachlaß derivativ, durch Abtretung, erhält. Dieser Meinung ist entgegenzuhalten, daß sie von einer de lege lata nicht zu rechtfertigenden Ablehnung der Sukzessionstheorie ausgeht[188]); letztere hat aber zweifellos auch in das ABGB Eingang gefunden[189]).

2. Der von uns angenommenen Meinung III hat man ferner vorgeworfen, sie führe zu bedenklichen praktischen Konsequenzen[190]);

a) Wenn sich z. B. im Nachlaß eine Sache befindet, deren Ersitzung vom Erblasser begonnen, aber nicht vollendet wurde und der erbserklärte Erbe in mala fide ist, so könnte in diesem Fall trotzdem die Ersitzung bis zur Einantwortung von der hereditas iacens fortgesetzt und vollendet werden; eine Folge, die nicht annehmbar erscheint.

Man kann diesem Einwand etwas die Spitze abbrechen, wenn man mit *Randa*[191]) der hered. iac. die Fähigkeit abspricht zu besitzen und

---

[186]) S. S. 52 a. E.

[187]) *Leinweber*, S. 31.

[188]) *Leinweber*, 28; zu beachten ist, daß er über „Reform des Erbschaftserwerbes" schreibt und seine Ausführungen stark de lege ferenda aufzufassen sind. Für das gegenwärtige Recht steht er mit seiner Auffassung allein.

[189]) *G. Boehmer*, Erbf. und Erbenh., S. 14, 15.

[190]) *Strohal*, Grh. Z. 3, 324.

[191]) *Randa*, Besitz, S. 476, 477; *Klang*, § 547 II 2 a α.

damit zu ersitzen, weil sie als unpersönliches Vermögen weder den zum Besitz notwendigen Willen, noch die physische Herrschaft über die Sache habe.

(Aber wie ist es, wenn die Erbschaft durch einen Vertreter Besitz erwirbt, weil dieser die erforderliche Apprehension vollzieht?)[192])

b) Als weitere unannehmbare Folgerung unserer Meinung wird angeführt, daß dann der unbedingt erbserklärte Erbe Forderungen, welche ihm gegen den Erblasser zustanden, vor der Einantwortung noch immer mit voller Rechtswirksamkeit zedieren, ja wohl auch gar gegen die her. iac. einklagen könnte.

Theoretisch ist dieser Einwand nicht von der Hand zu weisen, aber vielleicht ist es kein so schlechter Ausweg, wenn wir mit *Randa* hierauf erwidern: daß der unbedingt erbserklärte Erbe ein praktisches Interesse haben könne, seine Forderung gegen die Nachlaßmasse einzuklagen, leuchtet uns nicht ein.

3. Endlich werden die §§ 818, 819 gegen uns ins Feld geführt[193]). Wenn das Gesetz in diesen Bestimmungen vom Erben als Voraussetzung der Einantwortung „die Erfüllung der Verbindlichkeiten" verlangt, so wäre das bei unserer Auffassung, daß erst mit der Einantwortung die Erbschaft erlangt wird, ein Verstoß gegen den Grundsatz: zuerst haben, dann zahlen.

Das ist nicht in vollem Umfang stichhaltig. Diese Regelung ist noch die Nachwirkung des bekämpften[194]) alten Grundsatzes, daß nur „der reine Nachlaß" ausgehändigt werden soll. Ein Verstoß gegen den Grundsatz, erst haben, dann zahlen, liegt, genau genommen, nicht vor; denn eine eigentliche Verpflichtung zum Zahlen vor Erhalt des Nachlasses besteht ja für den Erben nicht; für die juristische Konstruktion wäre dies Bild falsch: Es ist nur eine Voraussetzung der Einantwortung, daß vorher gewisse Verbindlichkeiten erfüllt werden. Der Erbe als solcher ist noch nicht Schuldner[195]). Aber er kann nur die restliche Erbschaft erlangen, wenn er vorher zahlt.

Alles in allem ergibt sich als Gesamteindruck der vorangegangenen Erörterungen doch wohl der, daß die Meinung III den verwickelten Erscheinungen beim Erbschaftserwerb nach österreichischem Recht am besten gerecht wird, daß also erst mit der Einantwortung der Erbe die Erbschaft bekommt.

---

[192]) *Randa,* a. a. O. 476, Anm. 5, Eigt., 383 Anm. 1, 4.

[193]) *Steinlechner,* II, 119.

[194]) S. oben S. 36; *Unger,* Verl. Abh. S. 135, 170, 196; *Randa,* E. d. E. S. 85.

[195]) S. oben S. 53 A 165, Entsch. v. 30. 5. 1917.

C. Die einzelnen Probleme um den Erbschaftserwerb im ABGB und BGB.

(Dogmatischer Teil).

I. Die Verschiedenheiten in scheinbaren Gemeinsamkeiten.

Nachdem wir im vorhergehenden in zusammenhängender Darstellung das österreichische Recht des Erbschaftserwerbes kennengelernt haben, sind wir nunmehr imstande, in die eigentliche rechtsvergleichende Betrachtung einzutreten.

Das Wesen zweier zu vergleichenden Rechtsordnungen tritt am deutlichsten hervor, wenn man das Unterschiedliche gegenüberstellt; und eine solche Gegenüberstellung wird besonders wirkungsvoll und einprägsam, wenn man die Unterschiede da aufzeigt, wo es sich um scheinbare Übereinstimmungen handelt. Um die im österreichischen und deutschen Recht beim Erbschaftserwerbe auftauchenden Probleme in ihrer Besonderheit hervortreten zu lassen, werden wir darum im folgenden so vorgehen, daß wir vor allem Institute vergleichend behandeln, die scheinbar gemeinsam sind, weil sie dem Namen nach in beiden Rechtsordnungen vorkommen.

Dabei wollen wir folgende Überlegung nicht außer acht lassen: Einem Gesetzgeber liegt immer ein bestimmter Lebenstatbestand vor, der eine rechtliche Regelung erheischt; es bieten sich aber zu dem gleichen Zwecke häufig ganz verschiedene rechtliche Konstruktionsmöglichkeiten und Prinzipien, auf die er seine Ordnung aufbauen kann. Wenn auch die gleichen rechtspolitischen Zwecke eine Ähnlichkeit der Mittel bedingen, so ist doch die juristische Bedeutung der einzelnen Institute im Rahmen ihrer Gesamtordnung eine verschiedene, je nach dem Grundgedanken, auf dem die Gesamtordnung ruht.

So wird darauf Bedacht zu nehmen sein, daß innerhalb der Gesamtfrage des Erbschaftserwerbes das Wesen und die Funktion der einzelnen Rechtseinrichtungen immer im Hinblick auf den Grundgedanken (Ipso-iure-Erwerb oder Einweisungserwerb) erfaßt werden.

II. Der „Anfall".

Die drei Begriffe: Anfall, Annahme, Ausschlagung sind beiden Erbrechtsordnungen geläufig. Bezüglich ihrer Bedeutung und Funktion innerhalb der Gesamtordnung sind aber wesentliche Unterschiede festzustellen. Das hängt mit der Verschiedenheit der Stellung des Berufenen zusammen, die ja bedingt ist durch das System, welches den Anfall beherrscht[196]). Für das deutsche Recht haben wir festgestellt, daß es sich um eine unter der auflösenden, rückwirkenden Rechtsbedingung der Ausschlagung stehende Erbenstellung handelt, während das österreichische Recht eine aufschiebend (durch die Annahme oder) durch die Einantwortung bedingte Erbenstellung gewährt.

Im deutschen Recht bringt der Anfall zugleich den Erwerb der Erbschaft. Nach dem ABGB wird mit dem Anfall bloß ein „Recht auf die Erbschaft"[197]) erlangt, gewissermaßen die erste Etappe auf dem Wege des Erbschaftserwerbes zurückgelegt.

III. Die „Annahme".

1. Form.

Deshalb hat für das deutsche Recht die Annahme für den Erwerb nicht die Bedeutung, daß sie ihn erst herbeiführte oder auch nur förderte, sondern sie bedeutet lediglich den Verzicht auf das Ausschlagungsrecht[198]). Wegen dieser ihrer verhältnismäßig geringen Bedeutung und besonders auch deswegen, weil die Annahme nicht mit Haftungsfragen[199]) verknüpft ist, brauchte das deutsche Recht keine Formbedürftigkeit festzusetzen. Es konnte sogar gesetzliche Annahmetatbestände aufstellen (Anfechtung einer Ausschlagung, Fristablauf).

Anders liegt es im österreichischen Recht. Dort hat die „Annahme" (§ 547) selbständige, den Erbschaftserwerb fördernde Wirkungen[200]) und die verfahrensrechtliche Bedeutung, daß sie das Be-

---

[196]) Bezeichnenderweise mißt *Wroblewski* (S. 364) der Annahme im österr. Recht dieselbe Bedeutung bei wie im deutschen Recht entsprechend seiner Auffassung, daß in beiden Rechten Ipso-iure-Erwerb bestehe.

[197]) *Pineles*, Grh. Z. 14, 109 f.; *Siber*, Haft f. Nachlaßsch. S. 23.

[198]) Die Annahme vor Ablauf d. Ausschlagungsfrist hat nur die Bedeutung, daß die Ausschlagungsfrist verkürzt wird.

[199]) Mit der Frage, ob die Möglichkeit besteht, nicht Erbe zu werden, verknüpfen viele Rechte die Frage der Beschränkung der Haftung und der Trennung (Separation) der beiden Erbenvermögen. (Rvgl.Hwb. II, 221.)

[200]) Vgl. d. Streit darüber oben S. 39 f.

gehren nach Einantwortung darstellt[201]). Aus diesem Grunde und vor allem wegen der Verbindung der Annahmeerklärung mit den Haftungsfragen (§ 800) konnte das österreichische Recht eine formlose und etwa nur durch konkludente Handlung geäußerte Annahme nicht zulassen; denn der Erbe hat nicht die Wahl zwischen Annahme und Ausschlagung, sondern zwischen Annahme ohne beschränkte Haftung, beschränkter Annahme und Ausschlagung. Hier ist Klarheit nötig, und deshalb ist erklärlich, daß die Annahme als Verfahrenshandlung innerhalb der Verlassenschaftsabhandlung vor dem Gericht erklärt wird, also formgebunden ist.

Die Bestimmung des deutschen Rechtes, daß das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist als Annahme gelte (§ 1943), bringt den Vorteil, daß eine verhältnismäßig schnelle Klärung der Frage eintritt, ob jemand endgültiger Erbe ist. Bereits oben (Anm. 52) wurde darauf hingewiesen, daß diese gewünschte schnelle Klärung durch die Bestimmungen des österreichischen Rechts nicht gewährleistet wird. Die Praxis sieht aber in der Frist für die Erbserklärung, die durch das Abhandlungsgericht gesetzt wird (§§ 115, 118 VaSt, siehe oben S. 30) eine Überlegungsfrist, deren Ablauf regelmäßig bewirkt, daß eine Stellungnahme des Erben vermutet wird, (bei vorsätzlicher Fristversäumung wird „Ausschlagung" angenommen)[202]).

2. Geschäftsfähigkeit.

Die Annahme als Rechtsgeschäft setzt Handlungsfähigkeit voraus. Minderjährige und Pflegebefohlene bedürfen der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter[203]).

Wie ist es nun beim Fristablauf als gesetzlichem Annahmetatbestand (BGB)?

Der § 1943 bestimmt, daß, wenn die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, diejenigen Rechtssätze anzuwenden sind, die ausgelöst werden, nachdem die Abgabe der Annahmeerklärung vollendet ist und der Vergangenheit angehört. Es heißt nicht: der Ablauf der Ausschlagungsfrist „gilt als Annahme" der Erbschaft[204]); sondern: „Mit dem Ablauf der Frist gilt die Erbschaft als angenommen." Es wird so an-

---

[201]) Die materiell-rechtliche Wirkung einer Vernichtung des Ausschl.-Rechts bekommt die „Annahme" erst nach der Annahme der Erbserklärung durch das Abhandlungsgericht (Rvgl.Hwb. II, 228).

[202]) S. oben Anm. 52; *Ehrenz.*, § 509 V; *Klang*, § 805, 1.

[203]) Ehefrauen sind in der Fähigkeit, anzunehmen oder auszuschlagen, nach beiden Rechten nicht beschränkt (§§ 1406, 1453, 1519 BGB; 805 ABGB).

[204]) Eine solche Fassung weist der § 362 HGB auf.

gesehen, als ob eine Annahme erfolgt wäre (fingierte Erklärung!). Wenn nun der Fristablauf weder Annahme ist, noch auch nur als solche gilt, so erhebt sich die Frage, ob seine Wirkungen davon abhängig sind, daß der Erbe die Geschäftsfähigkeit besitzt.

Über die rechtliche Natur des Fristablaufs[205]) sagt das Gesetz nichts aus. Aus ihr kann mithin für die vorliegende Frage nichts entnommen werden. Bei solchen „fingierten" Erklärungen, mit denen der Gesetzgeber häufig einen bestimmten rechtspolitischen Zweck auf einem gesetzestechnisch kurzen und einfachen Wege erreichen will, ohne sich stets alle einzelnen Voraussetzungen und Folgen der Fiktion klarzumachen[206]), tut man gut daran, die allgemeinen Fragen, die von dem mit der Fiktion angestrebten Zweck nicht unmittelbar berührt werden, nach allgemeinen Gesichtspunkten, vor allem auf Grund von Interessenabwägungen und rechtspolitischen Überlegungen zu entscheiden[207]).

Auf unsere Frage angewendet, bedeutet dies, daß wir auf die ratio, den Zweckgedanken, zurückzugehen haben, der allen Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit zugrunde liegt. Diese ratio wird man in dem „Schutzzweck" zu suchen haben, in dem Gedanken also, daß Nichtgeschäftsfähige durch ihr eigenes Verhalten keinen Schaden leiden sollen[208]) [209]).

Bei der Frage nun, ob bei fingierten Erklärungen Geschäftsfähigkeit vorliegen muß oder nicht, wird man das Schutzinteresse des Nichtgeschäftsfähigen und das Interesse eines eventuellen Erklärungsgegners gegeneinander abzuwägen haben und je nachdem, ob das eine oder andere überwiegt, eine verschiedene Entscheidung fällen. In dem Falle z. B., in dem die Versäumung der „Genehmigungsfrist" als Verweigerung der Genehmigung gilt (§ 18 II), wird man das Interesse des Gegners als überwiegend anzusehen haben. Der Gegner muß Klarheit darüber haben, daß das Geschäft nicht wirksam

---

[205]) Diese wird uns noch interessieren bei der Frage der Anfechtbarkeit der Fristversäumung, § 1956. S. unten S. 71 ff.

[206]) *Mallachow*, S. 58; *Bernhöft*, Festschr. f. Bekker, S. 246.

[207]) S. *Mallachow*, a. a. O.; *v. Tuhr*, II 1, S. 425; Vgl. auch *Oertmann*, Zentr.Bl. f. Handelsr. Jg. 1, S. 9, 10, wo bei ähnlichen Fragen (betr. d. § 362 HGB) vorwiegend mit „rechtspolitischen Erwägungen" argumentiert wird.

[208]) *v. Tuhr*, II 1 S. 361.

[209]) Daß die der Geschäftsfähigkeit zugrunde liegende ratio durchaus nicht auf das Gebiet der „rechtsgeschäftlichen" Wirksamkeit beschränkt ist, geht aus §§ 8, 682 hervor. Sowohl auf dem Gebiet der wirklichen „Willenserklärungen" und sonstigen Äußerungen, als auch auf dem Gebiet der „Willensbetätigungen" (Tathandlungen, Realakte) ist der erwähnte Schutzzweck beachtlich.

ist. Demgegenüber ist der Schaden, den der Genehmigungsberechtigte erleidet, wenn die fingierte Verweigreung seinem Willen nicht entspricht, nicht in Betracht zu ziehen. Daher wird man annehmen müssen, daß die Genehmigung verweigert ist, auch wenn dem Genehmigungsberechtigten bei Ablauf der Genehmigungsfrist die Geschäftsfähigkeit fehlt[210]).

Anders verhält es sich in einem Falle, wo mit der fingierten Erklärung für den Betroffenen ein „positives Resultat"[211]), eine wichtige Rechtsänderung, eintritt. Hier ist die fingierte Erklärung auch in bezug auf das Gültigkeitserfordernis der Geschäftsfähigkeit wie eine wirkliche Erklärung zu behandeln. So wenig ein nicht voll Geschäftsfähiger eine Rechtsveränderung, die ihm nicht lediglich Vorteile bringt, durch Willenserklärung herbeiführen kann, so wenig darf ihm m. E. ein Verhalten schaden, dem das Gesetz vermöge einer Fiktion die Wirkung einer solchen Erklärung beilegt[212]).

Daraus folgt für die Frage der Geschäftsfähigkeit bei Versäumnis der für die Erbschaftsausschlagung vorgesehenen Frist, daß man die Wirkung der Versäumung nur annehmen kann, wenn der Erbe geschäftsfähig ist[213]).

Der § 1944 II trägt dem Rechnung, indem er auf § 206 verweist. Danach ergibt sich: Hat der Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige einen gesetzlichen Vertreter, dann ist es gerechtfertigt, daß der Fristablauf die Wirkung der Annahme hat. Ist aber noch kein solcher gesetzlicher Vertreter vorhanden, dann wird der Fristablauf nicht vor dem Ablauf von sechs Wochen[214]) nach dem Zeitpunkt vollendet, in dem der Erbe vollgeschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört.

3. Fristablauf beim Nichtvollgeschäftsfähigen.

Sind nnu mit der Verweisung auf § 206 alle Schwierigkeiten behoben?

Übereinstimmend wird angenommen, daß für den Lauf der Ausschlagungsfrist die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters und nicht die des geschäftsunfähigen Erben maßgebend ist[215]) [216]).

---

[210]) So *v. Tuhr*, II 1, S. 425.

[211]) *v. Tuhr*, a. a. O.

[212]) So auch *Wendt*, S. 280.

[213]) So *Schroeder*, S. 8; *Wieynk*, S. 56; *Manigk*, WE und WG, S. 262. A. A.: RGRKomm. § 1943, 3.

[214]) Bzw. in denjenigen Fällen, in welchen die Ausschlagungsfrist sechs Monate beträgt (1944 III), nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten.

[215]) *Binder*, RdE I, S. 78; *Planck*, § 1944, 4; *Strohal*, II S. 7.

[216]) Dagegen ist es sehr bestritten, ob der Erbe den Fristbeginn auch dann

Die „entsprechende Anwendung" des § 206 setzt voraus, daß der dort bezeichnete Fall vorliegt, d. h. daß die nicht voll geschäftsfähige Person ohne gesetzlichen Vertreter ist und gegen sie bereits eine Frist läuft (vgl. „die gegen sie laufende Verjährung"). Auf den Fall der Versäumung der Ausschlagungsfrist angewendet, bedeutet dies, daß die Ausschlagungsfrist begonnen haben muß, wenn der Erbe geschäftsbeschränkt oder geschäftsunfähig ist. Diese Sachlage kann entweder eintreten, wenn der gesetzliche Vertreter eines solchen Erben nachträglich wegfällt, oder, wenn der bisher geschäftsfähig gewesene Erbe nach dem Beginn der Ausschlagungsfrist geschäftsunfähig wird. Hier soll gemäß § 206 die bereits laufende Frist nicht vor dem Ablauf von sechs Wochen (bzw. Monaten) nach dem Zeitpunkt beendet werden, in dem der Mangel der Vertretung wieder aufhört oder der Erbe geschäftsfähig wird. Beachtlich ist nun die von der h. M.[217]) gebilligte Konsequenz, daß die in § 1944 II, S. 1 bezeichneten Voraussetzungen des Fristbeginns (Kenntnis vom Erbfall und vom Grund der Berufung) nach dem Aufhören des Mangels der Vertretung bzw. nach eingetretener unbeschränkter Geschäftsfähigkeit nicht neu erfüllt zu werden brauchen. Die schon vorher begonnene Ausschlagungsfrist kann ablaufen, obgleich der in Betracht kommende neue gesetzliche Vertreter des noch vertretungsbedürftigen Erben bzw. der später unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Erbe die in § 1944 II bezeichnete Kenntnis nicht erlangt hat. Es kann also der Fall eintreten, daß die Frist versäumt wird, ohne daß der Ausschlagungsberechtigte von dem Anfall der Erbschaft etwas erfahren hat.

Gegen dies unliebsame Ergebnis hat sich *Binder*[218]) gewandt mit folgenden Überlegungen: Der für die Verjährung geltende § 206 sei nur für „entsprechend" anwendbar erklärt. Es sei mithin gestattet, vom Wortlaut abzuweichen, wenn die wörtliche Anwendung zu nicht entsprechenden Ergebnissen führt. Vor allem sei dies zu bedenken: Die „Verjährung" beginne ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Gläubigers; deshalb laufe sie auch nach einer gemäß § 206 eingetretenen Ablaufshemmung ohne Rücksicht auf die Kenntnis weiter. Die „Ausschlagungsfrist" dagegen beginne erst mit der Kenntnis des Erben oder seines gesetzlichen Vertreters; folglich könne sie nach einer derartigen Hemmung auch erst weiterlaufen, wenn der neue gesetz-

---

schon gegen sich gelten lassen muß, wenn nicht er selbst, sondern nur der zur Ausschlagung befugte gewillkürte Vertreter die maßgebliche Kenntnis erlangt hat. Siehe dazu *Binder*, I S. 121, der es verneint; gegen ihn *Strohal*, II, S. 9.

[217]) Vgl. *Schroeder*, S. 3; *Strohal*, II § 61 Anm. 20.

[218]) Rechtsst. d. E. I S. 82 ff.

liche Vertreter die für ihren Beginn erforderliche Kenntnis erlangt habe. Während die Aufstellung eines rein objektiven Merkmals für den Beginn der Verlängerung der Verjährungsfrist in § 206 durchaus angebracht sei, würde die gleiche Behandlung der Ausschlagungsfrist keineswegs gerechtfertigt erscheinen. Da die Ausschlagungsfrist nicht beginnt, bevor der erste Vertreter vom Anfall usw. Kenntnis hat, so könne auch die Fristverlängerung erst beginnen, wenn der neuernannte Vormund oder der geschäftsfähig gewordene Erbe die erforderliche Kenntnis bekommt. Da nun die Dauer der Frist, die nach einer solchen „Hemmung" ablaufen müsse, genau der Ausschlagungsfrist entspräche, so stehe im Ergebnis diese Ablaufs„hemmung" einer „Unterbrechung" der Frist vollkommen gleich. Die Frist beginne „neu" zu laufen.

So erfreulich und willkommen auch dieses Ergebnis erscheinen mag, wird man doch die Auffassung Binders schwerlich mit dem Gesetz vereinbaren können.

Gegen ihn ist anzuführen[219]):

1. Es erscheint unerfindlich, warum das Gesetz angesichts seiner sonst in diesen Fragen geübten Sorgfalt die Ablaufshemmung für entsprechend anwendbar erklärt hat, wenn es eine Unterbrechung der Frist hätte erreichen wollen.

2. Zwar ist es richtig, daß das Gesetz grundsätzlich den Beginn einer Verjährungsfrist nicht ausdrücklich an die Kenntnis irgendwelcher Tatumstände knüpft. *Binder* übersieht aber, daß es sowohl im BGB als auch in anderen Zivilgesetzen Vorschriften gibt, die für den Beginn der Verjährungsfrist die Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen ausdrücklich vorschreiben (z. B. §§ 852, 2332 BGB; 14 KFG; 25 LuftVG i. d. Fass. v. 21. 8. 36). Auch auf diese Verjährungsvorschriften ist der § 206 anwendbar, und zwar nicht „entsprechend", sondern unmittelbar. Mit dieser Feststellung entfällt ein wichtiges Glied in der Beweiskette Binders.

3. Der Behauptung Binders, daß die Verweisung auf § 206 auf der „irrtümlichen, nicht näher geprüften Vorstellung, daß die Verjährungsfrist und die Ausschlagungsfrist von der nämlichen Art seien", beruhe, kann nicht beigestimmt werden. Über den Unterschied war man sich bei der Beratung des Gesetzbuches sehr wohl klar. So hat man bewußt die entsprechende Anwendung des § 206, der zunächst nur für die „Verjährung" maßgeblich ist, nicht allein hinsichtlich der „Ausschlagungsfrist", sondern auch hinsichtlich anderer Fristen, die nicht Verjährungsfristen sind, angeordnet (z. B. §§ 124 II, 1954 II, 2082 II).

---

[219]) Vgl. hierzu auch *Strohal*, II S. 10.

4. Die Beobachtung Binders, „daß die im § 1944 vorgesehene Frist von sechs Wochen oder Monaten infolge der Art, wie im § 206 die Verjährungsfrist erstreckt wird, mit dem Wegfall des Vertretungsmangels tatsächlich neu zu laufen beginnt", ist nicht fehlerfrei. Das zeigt sich an dem folgenden Beispiel[220]): „Der gesetzliche Vertreter des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben hielt sich beim Beginn der Ausschlagungsfrist im Ausland auf. Noch vor Ablauf der Ausschlagungsfrist, die sechs Monate betragen würde (§ 1944, III), stirbt der gesetzliche Vertreter, an dessen Stelle nach wenigen Tagen ein neuer Vertreter bestellt wird. Die entsprechende Anwendung des § 206 führt hier offen bar zu dem Ergebnis, daß die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet wird, in welchem der Mangel der Vertretung aufhört. Würde dagegen die Frist, wie *Binder* annimmt, unterbrochen und mit dem bezeichneten Zeitpunkt neu zu laufen beginnen, so könnte für die Dauer dieser neuen Frist der Aufenthalt des zuerst erwähnten gesetzlichen Vertreters im Ausland niemals maßgebend sein."

5. Wenn Binder sagt (S. 82): „Die Verweisung auf § 206 führt zu dem gleichen Ergebnis, wie wenn der Gesetzgeber gesagt hätte: die Überlegungsfrist wird durch den Wegfall des gesetzlichen Vertreters unterbrochen", so läßt sich dies auch an Hand des nachfolgenden Beispiels entkräften: Der bisher unter gesetzlicher Vertretung stehende Erbe wird unbeschränkt geschäftsfähig. Hatte hier die Ausschlagungsfrist vor der Veränderung bereits begonnen, so läuft sie nach dieser fort. Für die Anwendung des § 206 ist überhaupt kein Raum, da hinsichtlich des Erben „ein Mangel der Vertretung" keinen Augenblick vorlag. Gleichwohl ist bezüglich der Person, die zur Erklärung der Ausschlagung berufen ist, ein Wechsel eingetreten. Binder müßte in Konsequenz seiner Lehre auch in diesen Fällen den Lauf der Frist für unterbrochen erklären und für den Beginn der neuen Frist das Wissen des unbeschränkt geschäftsfähig gewordenen Erben für maßgebend halten, was sicherlich abzulehnen ist.

Angesichts der gesetzlichen Bestimmungen wird man also an dem erwähnten unwillkommenen Ergebnis nichts ändern können[221]), daß gegebenenfalls die Versäumung der Ausschlagungsfrist und damit der endgültige Erbschaftserwerb eintreten kann, ohne daß der Ausschlagungsberechtigte etwas von dem Anfall erfahren hat[222]).

---

[220]) Gebracht von *Strohal*, a. a. O.

[221]) So auch RGRKomm. 1944, 4.

[222]) Zu beachten ist, daß § 206 dem § 1952, II entspricht, wonach gegenüber den Erbeserben die Frist nicht vor Ablauf der für die Erbschaft des

Die einzige Abhilfe wird man in der Möglichkeit einer Anfechtung der auf diese Weise zustandegekommenen „Annahme" zu suchen haben (§ 1956)[223].

Nach österreichischem Recht ist zur „unbedingten" Annahme noch die Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde erforderlich (§§ 805, 233). Dem praktischen Ergebnis nach kann aber für Pflegebefohlene nur „bedingt" angenommen werden wegen § 807 ABGB, § 92 VaSt. Denn: § 92 Ziff. 1 schreibt vor, daß von Amts wegen ein Inventar zu errichten ist, und § 807 sagt, daß in allen Fällen, in denen ein Inventar errichtet wird, auch der unbedingt Annehmende die Inventarwirkungen genieße.

4. Anfechtbarkeit.

a) Das österreichische Recht.

Aus der Verschiedenheit der „Annahme" innerhalb der beiden Rechte erklärt sich ferner die unterschiedliche Behandlung in der Frage ihrer Anfechtbarkeit.

Während im österreichischen Recht, wo es sich bei der Erbserklärung zugleich um einen Verfahrensakt im Rahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, eine Irrtumsanfechtung im technischen Sinn nicht zugelassen wird[224], ist sie im deutschen Recht möglich[225].

Es sei gestattet, bezüglich des deutschen Rechtes auf diese Frage näher einzugehen:

b) Das deutsche Recht.

α) Bei ausdrücklicher Annahme.

Die „Annahme" kann erfolgen entweder durch ausdrückliche Annahmeerklärung, oder durcch Betätigung des Annahmewillens (schlüssige Handlung), oder auch durch

---

Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist endigt. Ob bei dieser Bestimmung die Deutung zulässig ist, daß gegenüber den Erbeserben eine neue Frist beginnend mit seiner Kenntnis von der seinem Erblasser angefallenen Erbschaft zu laufen anfängt, wird ebenfalls zu verneinen sein. Näheres darüber s. u. S. 119 f.

[223]) S. dazu *Rohde*, S. 789; vgl. ferner d. Ausführungen über die Anfechtung der Fristversäumung unten S. 71 ff.

[224]) *Klang*, § 806 II; *Ehrenz*, § 509 VII.

[225]) §§ 1954, 1955. Bezog sich der Irrtum auf den Berufungsgrund, so ist gar keine Anfechtung nötig. Die Annahmeerklärung ist ohne weiteres unwirksam (§ 1949 I).

Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist. Entsprechend der Verschiedenheit dieser Erscheinungsformen der Erbschaftsannahme ist auch die Frage der Anfechtbarkeit unterschiedlich zu beantworten.

1. Das Gesetz enthält keine Vorschrift darüber, daß die Erklärung gegenüber bestimmten Personen geschehen muß. Der in der zweiten Kommission eingebrachte Vorschlag, in die Regelung den Satz aufzunehmen: „Eine Mitteilung, die einem Unbeteiligten gemacht wird, gilt nicht als Annahme", drang nicht durch[226]). Aus allgemeinen Erwägungen ergibt sich, daß regelmäßig die Erklärung einem Beteiligten gegenüber erfolgen muß[227]), also z. B. dem Nachlaßgläubiger, dem Nachlaßschuldner, dem Pflichtteilsberechtigten, oder auch dem Nachlaßgericht gegenüber. In diesem Fall ist die Annahme eine echte Willenserklärung, und über die Anfechtung derselben gelten keine Besonderheiten (§§ 1951, 1955).

β) Bei Annahme durch konkludente Handlung.

2. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn die Annahme durch konkludente Handlung erfolgte. Die Schwierigkeit besteht deshalb, weil über die Begriffe der „konkludenten Handlung", der „Betätigung des Willens", der „stillschweigenden Willenserklärung" in der Rechtswissenschaft keine Einigkeit, sondern heillose Verwirrung der Bezeichnungsweisen und der Auffassungen über die juristische Bedeutung solchen Verhaltens herrscht. Dieser Streit hängt zusammen mit dem Meinungsstreit über das Wesen der „Willenserklärung" überhaupt[228]). Wir fol-

[226]) Prot. VI, S. 383.

[227]) *Planck*, § 1943, N. 3. Bei der einem völlig unbeteiligten Dritten gegenüber abgegebenen Erklärung wird die rechtsgeschäftliche Absicht meist fehlen; es wird darin nur die Mitteilung, die Erbschaft annehmen zu wollen, nicht die Erklärung der Annahme selbst, zu finden sein.

[228]) Wir müssen es uns versagen, im Rahmen dieser Arbeit auf das Problem näher einzugehen. Wir verweisen auf die einschlägigen Äußerungen im Schrifttum: *Manigk*, WE und WG; *v. Tuhr*, II 1 S. 428; *Wendt*, Arch. ziv. Prax. 92, 234 ff.; *Hellmann*, Krit. V. S. 48, 228 f. und Jher. Jb. 42, 418 f.; *Binder*, I, S. 91 f.: Diesen Schriftstellern ist im wesentlichen gemeinsam, daß sie zu den notwendigen Bestandteilen einer Willenserklärung einen Verständigungszweck, Kundgebungszweck zählen, und daß sie ein Verhalten, das nicht auf Kundbarmachung des Rechtswillens für andere gerichtet ist, nicht unter die Willenserklärung im technischen Sinn rechnen.

Gegen diese einengende Auslegung des Begriffs „Willenserklärung", die m. E. einleuchtend begründet worden ist, steht noch die h. M., als deren Exponenten wir erwähnen: *Zitelmann*, Rechtsgeschäfte im Entwurf, S. 23; *Planck*, I S. 263; *Titze*, Die Lehre vom Mißverständnis, S. 23.

gen im wesentlichen der Auffassung, die bei der Willenserklärung einen Verständigungszweck, eine Kundmachungsabsicht, also eine Beziehung zum Gegner der Erklärung, fordert und dementsprechend eine Handlung, die nicht zu dem Zweck vorgenommen wurde, den Willen zur Kenntnis anderer Menschen zu bringen, nicht als Willenserklärung, sondern etwa als „Willensgeschäft"[229]), „Rechtswillensbetätigung" oder ähnlich bezeichnet. Eine solche „Willensbetätigung" ist für uns nicht identisch mit einer „stillschweigenden Willenserklärung"; diese letztere bleibt immer eine Willenserklärung, wenn sie auch nicht ausdrücklich abgegeben wird[230]).

Wenn wir nun die Annahme in der Form der pro herede gestio betrachten, so können wir unter Zugrundelegung unserer Bezeichnungsweise[231]) zwei Fälle unterscheiden[232]):

a) Es kann sich um eine wirkliche „stillschweigende Willenserklärung" handeln; z. B.[233]): Der Gläubiger A fragt bei dem Berufenen B schriftlich an, ob er die ihm angefallene Erbschaft annehme; dann möchte er umgehend die ihm, dem A, zustehende Geldforderung x tilgen. B sendet darauf lediglich die Geldsumme x an A. Man wird hierin eine Annahme erblicken müssen, die gegenüber dem Erklärungsgegner A stillschweigend erklärt wurde.

Hier ist, da es sich um eine Willenserklärung handelt, über die Anfechtbarkeit derselben ebenfalls nichts Besonderes zu sagen.

Sie stützen sich auf § 130, der von einer Willenserklärung, die gegenüber einem anderen abzugeben ist, spricht, und also auch andere Willenserklärungen für zulässig zu erachten scheint.

[229]) Vgl. *Manigk*, S. 552 und seine Aufzählung von Beispielen. „Die Handlung, in welcher sich der Wille betätigt, ist nicht ‚Erklärungsmittel', sondern Indiz des Willens" (*v. Tuhr*, II 1 S. 406). Soll durch die Willensäußerung eine rechtliche Beziehung zu einer — sei es bestimmten oder unbestimmten — Person hergestellt werden, so ist die Form der „Willenserklärung" möglich; handelt es sich dagegen um Rechtsakte, die sich in der eigenen Rechtssphäre des Handelnden erschöpfen, so ist die Willenserklärung ausgeschlossen und muß die „unmittelbare Willensäußerung" gewählt werden. (*Binder*, I, S. 93.)

[230]) *Binder*, I, S. 93.

[231]) *Binder* ist der Meinung (S. 94), daß das Gesetzbuch selbst diese scharfen Unterscheidungen zwar nicht kenne (anders *Hellmann*); es nenne alles Willenserklärungen. Die Materialien ließen erkennen, daß in den Kommissionen keine hinreichende Klarheit hierüber herrschte. Es sei aber zweckmäßig, eine solche systematische Klärung vorzunehmen, um so mehr, als sie jedenfalls mit dem Gesetzbuch vereinbar sei (S. 95).

[232]) Ähnlich *v. Tuhr*, II 1 S. 457; *Planck*, Bd. I S. 267.

[233]) Beispiel von *Manigk*, S. 267.

b) Die Annahme kann in der Form einer „Rechtswillensbetätigung“ erfolgen (z. B. durch Verbrauch einer Nachlaßsache).

Da diese Willensbetätigung im Gegensatz zu einer Willenserklärung nicht auf Kundbarmachung des Rechtswillens für andere gerichtet ist und daher keinen Schutz des Vertrauens im Rechtsverkehr erfordert, entscheidet bei ihr für die Frage, ob die gewollte Rechtswirkung eintritt, lediglich der innere Wille, nicht der äußere Tatbestand. Dies ist bei der Behandlung der Frage zu beachten, wieweit Willensmängel beim „Willensgeschäft“ möglich sind und ob sie zu ihrer Berücksichtigung der „Anfechtung“ bedürfen.

Ein Willensmangel liegt bei einer Willenserklärung vor, wenn ein Widerspruch besteht zwischen „Erklärungshandlung“ und „Erklärungswille“, d. h., wenn der äußere, durch Auslegung festzustellende Erklärungswert der Erklärungshandlung ein anderer ist, als der Erklärende ihn sich vorstellt. Es ist das Problem, ob in dem Interessenkonflikt zwischen dem Erklärungsgegner, der auf den objektiven Sinn der Willenserklärung vertraut, und dem Erklärenden, der einen abweichenden Erklärungswillen hat, der eine oder der andere mehr geschützt werden soll.

Bei den Willensgeschäften liegt eine Erklärung an einen Gegner gar nicht vor. Es braucht also auch keiner geschützt zu werden. Lediglich um die Auffindung des inneren Willens handelt es sich. Liegt nun ein innerer Wille in irgendeiner Richtung nicht vor, so tritt auch der Erfolg nicht ein. Ist er anders, als ein Außenstehender auf Grund des äußeren Verhaltens des Handelnden annimmt, so braucht auf den Außenstehenden keine Rücksicht genommen zu werden. Einer Anfechtung bedarf es nicht.

Der Erbe hat vielmehr die Möglichkeit, sich gegen die seinem Verhalten fälschlich beigelegte Bedeutung als Annahmehandlung in der Weise zu wehren, daß es ihm gestattet ist, seinen inneren, dem Verhalten zugrunde liegenden Willen klarzulegen und auf diese Weise die seinem äußeren Verhalten von dritter Seite beigelegte Bedeutung als Annahmehandlung zu beseitigen. Kann der in Anspruch genommene Erbe den Nachweis in dieser Hinsicht erbringen, so gilt der Beweggrund seines Verhaltens als festgestellt; es entfällt der Wert seiner Handlung als pro herede gestio, wenn auch die äußeren Umstände, auf die sich (z. B.) die Gläubiger beriefen, für eine solche zu sprechen schienen[234]).

---

[234]) *Wendt*, S. 247: „Die juristische Behandlung solcher Fälle ist nicht darauf abgestellt, daß eine Annahmeerklärung zwar abgegeben sei, hinterdrein aber angefochten werde, sondern die spätere Aufklärung läßt erkennen, daß die fraglichen Handlungen doch nicht aus einem Willen, Erbe sein

Nicht anders ist es in dem Fall, daß die pro herede gestio in dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts besteht (Verkauf von Erbschaftssachen, Bezahlung von Erbschaftsschulden u. dgl.). „Wer hierzu durch Zwang oder Betrug bestimmt worden ist und infolgedessen den Annahmewillen auch wirklich gehabt hat, der muß die Schlußfolgerung auf denselben auch so lange gegen sich gelten lassen, als er nicht Schritte tut, jene Handlungen selbst rückgängig zu machen durch Anfechtung[235])." Hier kommen wir zwar zu einer eigentlichen Anfechtung; aber zu beachten ist, daß der Gegenstand der Anfechtung nicht die in der pro herede gestio liegende stillschweigende „Erklärung", d. h. jene Schlußfolgerung ist, sondern die eigentliche und wirkliche Erklärung an den Dritten, den Käufer, Gläubiger usw., also ein Rechtsgeschäft, das in seinen unmittelbaren Wirkungen angegriffen werden soll. Damit wird dann freilich zugleich wieder die weitere Ausnutzung desselben abgeschnitten. Eine Anfechtung der pro herede gestio liegt also auch hier nicht vor.

Von praktischer Bedeutung ist die Stellungnahme zu dem Problem insofern, als eine Anfechtung die Pflicht zum Ersatz des Vertrauensschadens im Gefolge haben würde (§§ 122 BGB), was bei unserer Auffassung entfällt[236]).

γ) Bei Annahme durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist.

3. Die Wirkungen einer Annahme treten endlich mit dem Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist ein (§§ 1943, 1944). Und gemäß § 1956 kann diese Versäumung „in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden". Wir haben es hier, wie schon gesagt, mit einer „fingierten Erklärung" zu tun[237]).

Bei einer Fiktion handelt es sich um folgendes: Der Gesetzgeber kann an zwei verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpfen. Er tut dies im BGB häufig aus gesetzestechnischen Gründen. Um

---

zu wollen, hervorgegangen sind und also nicht als pro h. g. ausgelegt werden dürfen.

[235]) *Wendt*, S. 249.

[236]) Vertreter dieser Auffassung sind neben *Wendt*, *Manigk*, We. u. Wg. S. 245, 256, 268; *H. Lehmann*, S. 129, 133. *A. A.: RGRKomm.* § 1943, 1 a. E.; *Planck*, Bd. I S. 2.9 entkräftet m. E. unsere Auffassung durch das gebrachte Beispiel nicht. Wir würden in dem Fall ebenfalls Anfechtung für möglich halten, aber aus dem Grund, weil es sich bei der pro h. g. bezüglich der zweiten Erbschaft nicht um eine, ‚Willensbestätigung", sondern um eine „stillschweigende Willenserklärung" handelt. Recht hat er mit seinem Schlußsatz, daß die Frage jeweils nach Prüfung der für den konkreten Fall in Betracht kommenden Umstände entschieden werden kann.

[237]) S. oben S. 62; vgl. auch *RGZ* 58, 84.

die Rechtsregel, die für den Tatbestand a aufgestellt ist, auf den Tatbestand b auszudehnen, schreibt das Gesetz vor, daß der Tatbestand b als a zu gelten habe, d. h. rechtlich[238]) so zu behandeln sei, als ob a vorliege.

Wenn nun das Gesetz bestimmt, daß das Verhalten eines Menschen als Willenserklärung gelten soll, so besteht über die Tragweite dieser Fiktion ein vom Gesetz nicht gelöster Zweifel: Soll die Fiktion nur bedeuten, daß bei Vorliegen gewisser äußeren Tatsachen die Wirkungen einer Willenserklärung eintreten? Oder soll das Verhalten der Person auch in den Voraussetzungen, dem sogenannten Tatbestand, (Geschäftsfähigkeit, Anfechtbarkeit u. dgl.) wie eine Willenserklärung beurteilt werden?[239])

Vom letzteren Standpunkt würde sich ergeben, daß z. B. eine Anfechtung regelmäßig zwar nicht wegen „Irrtums in der Erklärung"[240]), wohl aber wegen anderer Willensmängel (Täuschung, Drohung) möglich wäre.

Wenn nun in § 1956 die Anfechtungsmöglichckeit für die Fristversäumung in gleicher Weise wie für eine Annahme eröffnet wird, so entsteht das Problem: Wieweit ist hierdurch die Gleichsetzung mit einer Willenserklärung getrieben, insbesondere ist eine Anfechtung gemäß § 119 I statthaft?[241])

In den Untersuchungen hierüber spielt immer die Frage nach der juristischen Natur der Versäumung der Ausschlagungsfrist eine erhebliche Rolle. Vertritt man die Meinung[242]), daß der Versäumung Rechtsgeschäftsnatur zukomme und die unbewußte Versäumung überhaupt keine Wirkungen äußere, so ergeben sich

---

[238]) Da dem Gesetzgeber souveräne Macht nur über die (von ihm geschaffenen) Rechtsfolgen zusteht, nicht über die (ohne sein Zutun) sich ereignenden Tatsachen, so kann die Fiktion an der tatsächlichen Beschaffenheit der Tatsache (b) nichts ändern, sondern nur sie in ihrer rechtlichen Beurteilung der Tatsache (a) gleichstellen. (*v. Tuhr,* II 1 S. 13.)

[239]) *v. Tuhr,* a. a. O.

[240]) „Da die Willenserklärung vom Gesetz ohne Rücksicht auf den wirklichen Willen der Partei fingiert wird, ist die Anfechtung nach § 119 I ausgeschlossen" (*v. Tuhr,* II, 1 S. 424).

[241]) Es handelt sich um ein berühmtes Problem, das wir in diesem Rahmen nicht eingehend erörtern können, das aber schon häufig Gegenstand umfänglicher Sonderabhandlungen war: *K. Wieynk,* Diss. Marburg 1933; *Schroeder,* Diss. Mbg. 1934; *Schwarzmann,* Diss. Erlangen 1936; *Hauser,* Jher. Jb. 65, 271; Adolf *Jacobsohn,* Jher. Jb. 56, 376; *Binder,* Rechtsst. I, S. 77; *Breit,* DNotV. 5, 141; *RG* in JW 34, 1280 anders als RGZ 58, 81.

[242]) *Binder,* I S. 77 ff.; *Endemann,* III 2 S. 802: „Unzweifelhaft stellt das Gesetz die Verschweigung einer Willenserklärung gleich; denn nur diese und niemals nackte Tatsachen können wegen Willensmängel anfechtbar sein."

keine neuen Bedenken und Zweifel hinsichtlich der Möglichkeit einer Anfechtung wegen Irrtums. Mit der h. M. lehnen wir jedoch die rechtsgeschäftliche Natur ab. Die Argumente Binders, mit denen er dem Wortlaut der §§ 1943, 1944 zuwider nachzuweisen sucht, daß nur das bewußte und mithin rechtsgeschäftliche Unterlassen die Annahmewirkung herbeiführe, vermögen uns nicht zu überzeugen. Wir haben sie bereits oben (S. 66) als nicht stichhaltig erkannt. Die Bestimmungen der §§ 1952, II und 1944, II ergeben vielmehr, daß auch das unbewußte Verstreichenlassen der Frist Annahmewirkung hat[243]). Erst bei dieser Auffassung entsteht die schwierige Frage, ob und wann eine Anfechtung jener Versäumung wegen Irrtums möglich ist, wenn es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Versäumnis handelt. Die Frage ist deshalb so sehr umstritten, weil hier die Irrtumsvorschriften, die sich auf Willenserklärungen beziehen, auf die Versäumung einer Ausschlußfrist angewendet werden sollen, also auf einen Vorgang, bei dem es auf den Willen gar nicht ankommt.

Man kann nun der Meinung sein, daß zwar auch die unbewußte Versäumung Annahmewirkung hat, daß aber eine Anfechtbarkeit nur dann gegeben sei, wenn sie Willenserklärung war, d. h., wenn der Erbe durch bewußte Versäumung seinen Annahmewillen habe kundtun wollen[244]); oder man könnte andererseits folgenden Standpunkt vertreten[245]): Da auch die unbewußte Versäumung den Verlust des Ausschlagungsrechts bewirke, müsse man rein „legale Natur" für sie annehmen. Es sei zwar die Anwendbarkeit der Regeln über Anfechtung wegen Täuschung und Drohung (§ 123) verständlich, nicht aber wegen Erklärungsirrtums (§ 119, I).

Beide Auffassungen sind m. E. nicht zwingend geboten.

Gegen *erstere* läßt sich folgendes vorbringen:

1. Hätte der Gesetzgeber wirklich nur die Anfechtbarkeit der Versäumung gewähren wollen, wenn in der Versäumung eine wirkliche Willenserklärung zu erblicken ist, dann hätte es des § 1956 gar nicht bedurft. Er wäre überflüssig.

2. Man kann zweifelhaft sein, ob die Fristversäumung jemals so geartet sein kann, daß in ihr eine Willenserklärung gefunden werden kann, selbst wenn die Unterlassung der Ausschlagung wissentlich erfolgte. Aus der Tatsache, daß der Erfolg ohne Rück-

---

[243]) Das stets erforderliche Bewußtsein von dem Anfall und dem Berufungsgrund (1944, II) ist nicht identisch mit dem Bewußtsein vom Fristablauf.

[244]) So *Wendt*, S. 231, 264; *RGZ* 58, 84 ff.; anders: *RGZ* 143, 421 ff.

[245]) So *Manigk*, S. 261 ff.; *Wieynk*, S. 60.

sicht auf den Willen rein ex lege eintreten kann, geht hervor, daß die Versäumung eine sogenannte „Rechtshandlung" darstellt, deren Wirkung lediglich von gesetzespolitischen Zwecken diktiert wird. Wenn nun jemand eine Rechtshandlung gerade deshalb vornimmt, um die ihm bekannte Legalwirkung herbeizuführen, so hört die Rechtshandlung darum nicht auf, eine solche zu sein. Sie wird dadurch nicht Rechtsgeschäft[246]).

3. Bezüglich der Anfechtung gemäß § 119 bleibt es bei dieser Meinung unklar, wie ein Erbe die Ausschlagung in Kenntnis der Befristung wissentlich unterlassen, gleichwohl aber die Ausschlagung beabsichtigen (oder, was dasselbe ist, die Annahme nicht beabsichtigen) kann. Liegt überhaupt in der bewußten Versäumung der Frist eine Willensäußerung, so kann der vorhandene — wenn auch auf einem Irrtum beruhende — Wille nur auf Annahme, nicht auf Ausschlagung gerichtet sein.

Die beiden vom Reichsgericht angeführten Beispiele[247]) sind reichlich konstruierte Fälle und zudem folgenden Einwendungen ausgesetzt[248]):

a) Einem Erben sollen um die nämliche Zeit zwei Erbschaften (X und Y) angefallen sein. Der Erbe unterläßt mit Vorbedacht die Ausschlagung der Erbschaft X, weil er sie mit der Erbschaft Y verwechselt. Was heißt das zunächst? Läßt der Erbe die (z. B. am 1. 1. ablaufende) Frist verstreichen in der irrtümlichen Annahme, diese Frist beziehe sich auf die Erbschaft Y, für X laufe die Frist erst später ab, so ist zu sagen: Wenn der Erbe in dieser Weise die beiden Erbschaften verwechselt, so erfolgt der Erwerb der Erbschaft X gar nicht wissentlich, denn der Erbe weiß nicht, daß die Ausschlagungsfrist für X am 1. 1. abläuft:

Sollte aber mit der „Verwechselung" gemeint sein, der Erbe habe die dürftige Erbschaft X mit der Millionenerbschaft Y verwechselt, jedoch Kenntnis von dem Fristablauf der Erbschaft X gehabt, so läge ebenfalls ein Grund zur Versäumnisanfechtung hinsichtlich X überhaupt nicht vor; die Vorstellung von der Größe des Nachlasses kann nur ein Motiv für das Verhalten des Erben sein, aber nicht die Anfechtung rechtfertigen.

b) Ein zweites Beispiel wäre nach dem RG der Fall, „daß der Erbe von der Ausschlagung deshalb Abstand nimmt, weil er irrtümlich annimmt, daß die Erbschaft von einer bestimmten Person her-

---

[246]) *Wieynk*, S. 54.

[247]) *RG* 58, 85.

[248]) Vgl. *Maenner*, LZ 25, 508.

rührt, deren letzten Willen er erfüllen zu müssen glaubt, während in Wirklichkeit eine ganz andere Person der Erblasser ist".

Dazu ist zu bemerken: Dieser Irrtum gibt keinen Grund zur Anfechtung, mag sich der Erbe in der Person irren, der gegenüber die Verpflichtung besteht, oder in dem Vorgang, der ihn vermeintlich dem Erblasser gegenüber verpflichtet. In beiden Fällen liegt nur ein Irrtum im Motiv vor. Weiß aber der Erbe nicht, wer der Erblasser ist, so fehlt ihm die Kenntnis von dem Anfall und dem Grund der Berufung, so daß die Ausschlagungsfrist noch nicht begonnen haben kann (§ 1944 II).

Die oben (S. 73) erwähnte *zweite Auffassung*, die der Versäumung rein legale Natur beimißt und deshalb eine Irrtumsanfechtung ablehnt, verdient gleichfalls Kritik:

a) Mit ihrer allgemeinen Ablehnung der Anfechtung würde sie zu harten und zuweilen unbilligen Ergebnissen führen.

b) Zum andern scheint mir, daß ihre Begründung, wegen der Legalwirkung der Fristversäumung sei die Irrtumsanfechtung gemäß § 119 „begriffsmäßig" ausgeschlossen, stark von begrifflich-konstruktiver Denkweise beherrscht wird, die das Wesen der fingierten Erklärung verkennt.

Der Streit über die Rechtsnatur ist m. E. nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Er ist nicht fruchtbar, weil es verfehlt ist, aus der Stellungnahme zu jener Frage Folgerungen bezüglich des Problems der Anfechtbarkeit zu ziehen.

Bei den durch Fiktion geregelten Tatbeständen ist stets zu beachten, daß sich hinter jeder Fiktion ein wissenschaftlich mehr oder weniger ungelöstes Problem verbirgt[249]). Gerade die Unklarheit der systematischen Einordnung eines Tatbestands wird den Gesetzgeber häufig bewogen haben, mit einer Fiktion zu arbeiten; und es kann leicht geschehen, daß der Gesetzgeber manche der Einzelfolgen eines fingierten Tatbestands nicht in Betracht gezogen hat[250]).

Es erscheint daher angebracht, nicht so sehr aus Begriffen und Konstruktionsvorstellungen allgemeine Schlüsse zu ziehen, als vielmehr in jeder einzelnen Frage auf den mit der Fiktion angestrebten Zweck zu sehen und vorwiegend auf Grund von rechtspolitischen Überlegungen und Zweckmäßigkeitserwägungen zu entscheiden[251]).

---

[249]) Vgl. *Mallachow*, S. 58.

[250]) *Bernhöft*, Festg. f. Bekker, S. 246.

[251]) So *Mallachow*, S. 38; vgl. auch *Oertmann*, Zentr.Bl. f. HR, Jg. 1, S. 7–11.

Bei der Frage der Anfechtbarkeit der Fristversäumung gehen wir nicht von der Rechtsnatur der Versäumung aus. Wir halten es für einen unzulässigen Zirkelschluß, aus der Existenz der Bestimmungen, die die Anfechtung gewähren, etwas über die Rechtsnatur der Versäumnis zu deduzieren und dann wieder aus der Rechtsnatur Folgerungen hinsichtlich der Anfechtbarkeit herzuleiten.

Unser Standpunkt erscheint um so berechtigter, als die Anfechtung der Versäumung im E. I (§§ 2039–2041)[252]) nicht zugelassen war und erst von der Kommission für die zweite Lesung lediglich aus „Billigkeitsgründen" angeregt wurde. (Prot. V S. 632)[253]).

Um nun auf die Irrtumsanfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist zurückzukommen, können wir unter Vernachlässigung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft bzw. eine Willenserklärung vorliegt, ohne konstruktive Voreingenommenheit einfach folgendermaßen überlegen:

Wegen Irrtums kann nach § 119, I eine Willenserklärung anfechten, wer:

a) bei der Abgabe der Erklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder

b) eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, wenn

c) anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

Bei Versäumung der Ausschlagungsfrist hat der Fristablauf die Wirkung einer Annahmeerklärung. An die Stelle des Inhalts der Erklärung tritt die Annahmewirkung des Fristablaufs. War der berufene Erbe, als die Ausschlagungsfrist ablief, in einem (tatsächlichen oder rechtlichen) Irrtum über den Eintritt der Annahmewirkung, z. B. in einer falschen Auffassung über den Beginn oder die Dauer der Frist, so steht dieser Irrtum dem Irrtum über den Inhalt einer Annahmeerklärung (Fall a) gleich. Der Fall b liegt vor, wenn der Berufene es nicht zu der Annahmewirkung kommen lassen wollte, indem er eine Ausschlagungserklärung, wenn auch eine unwirksame, (z. B. infolge Beifügung einer Bedingung, wegen Unzuständigkeit des Gerichts, Formwidrigkeit der Erklärung), abgab.

---

[252]) Mot. V. S. 501.

[253]) Dies spricht auch gegen eine Argumentation, die auf den Ausdruck „Ablauf" in § 1943 und „Versäumung" in § 1956 hinweisend eine vom Gesetzgeber gewollte Verschiedenheit und ein subjektives Moment in § 1956 annimmt.

Ist in jenen Fällen das Erfordernis c) erfüllt, so ist die Anfechtung wegen Irrtums begründet.

Hierher gehört auch der Fall, daß der Erbe über den durch die Fiktion festgelegten Erklärungswert seines Verhaltens überhaupt keine Vorstellung hat[254]).

Dies entspricht der Billigkeit[255]). Da der Gesetzgeber nun schon einmal die Anfechtung von Annahme- und Ausschlagungserklärung zugelassen hat, so ist nicht einzusehen, weshalb der Erbe in dem angegebenen Fall schlechter gestellt werden soll als derjenige, welcher durch eine besondere Erklärung das Ausschlagungsrecht verloren hat und nach allgemeinen Grundsätzen die durch Willensmängel hervorgerufene Erklärung anfechten kann. Der § 1956 stellt eben eine Ausnahmevorschrift dar innerhalb der für Fristversäumungen sonst geltenden Rechtssätze[256]).

Diese Lösung, die angemessen und zweckmäßig erscheint und die angesichts des einschränkenden Erfordernisses c) auch nicht zu einer unangebrachten Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten führt, fügt sich in den Rahmen unserer Auffassung ohne Schwierigkeit ein.

Dagegen war es für die Meinungen, welche von der engen und unvermeidlichen Bezugnahme auf die Anfechtung von Willenserklärungen nicht absehen wollen, nicht so mühelos, zu dem Ergebnis zu gelangen.

Leicht haben es die Anhänger der reinen „Erklärungstheorie" in der Lehre von den Willenserklärungen. Sie sehen den Begriff einer Willenserklärung allein in dem Erklärungswert verkörpert, der einem Verhalten nach der Auffassung der Allgemeinheit zukommt. Auf den einer Erklärung zugrunde liegenden Rechtsfolgewillen kommt es ihnen nicht an. Sie können in unserem Fall die Anfechtung bejahen, da das Untätigbleiben des Erben ein Verhalten darstellt, dem das Gesetz selbst den Erklärungswert einer Annahme gegeben hat.

Verlangt man dagegen für den Begriff einer Willenserklärung noch einen Verständigungszweck, eine Kundmachungs-

---

[254]) Vgl. *OLG* Brschw. in Seuff. Arch. 57, Nr. 105; *Schwarzmann*, S. 30; *Planck-Flad*, § 1956, *2*; *RG* 143, 421.

[255]) Darüber, ob überhaupt die Anfechtbarkeit der Annahme und Ausschlagung ratsam war, und ob es nicht f. d. Rechtsverkehr zweckmäßiger gewesen wäre, die Erbfolge nicht auf Jahre (bis zu 30 Jahre), § 1954 IV) hinaus ungewiß zu lassen, kann man geteilter Meinung sein.

[256]) *v. Tuhr*, II 1 S. 424 Anm. 132; *Planck-Flad*, § 1956, 1.

absicht, so ist in dem unbewußten Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist keine Willenserklärung, die durch eine Anfechtung beseitigt werden könnte, zu erblicken. Der Eintritt der Annahmewirkung ist nach dieser Meinung nicht aus der Welt zu schaffen.

Als mißglückt scheint mir der Versuch, vom Boden dieser Auffassung gleichwohl zu einer Anfechtungsmöglichkeit zu kommen: Danach wird der Satz, daß derjenige, der einen Erklärungswert setze, ohne überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben zu wollen (Aufheben einer Hand in der Weinversteigerung!) nicht anzufechen brauche, weil er keine Willenserklärung abgegeben und keine Rechtswirkungen gesetzt habe, als nicht zutreffend bezeichnet. *Manigk,* der in seinem Buch „Willenserklärungund Willensgeschäft" noch die Unanwendbarkeit des § 119 I vertreten hat, hat in seinem späteren Buch „Irrtum und Auslegung" selbst den Nachweis zu bringen versucht, daß zwar bei der Aufstellung des legalen Begriffs der Willenserklärung das Kundgebungsbewußtsein wesentlich sei, daß aber auch ein Verhalten ohne Kundgebungsbewußtsein unter gewissen Umständen rechtsgeschäftliche Wirkungen einer Willenserklärung zu erzeugen vermöge, die nur durch Anfechtung wieder beseitigt werden könnten[257]). Grund hierfür sei das zu schützende Vertrauen des Erklärungsgegners.

Man hat nun geglaubt, daß vom Standpunkt dieser durch die Grundsätze von Treu und Glauben und der Verantwortlichkeit im Rechtsverkehr getragenen Theorie keine Bedenken bestünden, den § 119 auch auf die unbewußte und ungewollte Versäumung der Ausschlagungsfrist anzuwenden. Gleichwie ein unbewußtes Verhalten mit Rücksicht auf den aus der Verkehrssitte sich ergebenden objektiven Erklärungswert zunächst als Willenserklärung in Anspruch genommen, vom Erklärenden jedoch mit rückwirkender Kraft angefochten werden könne, so hätten wir in der Versäumung der Ausschlagungsfrist ein Verhalten vor uns, das vom Gesetz mit einem bestimmten Erklärungswert ausgestattet wird und unter den gleichen Voraussetzungen anfechtbar ist, wie jene oben erwähnten Handlungen, also z. B. auch schon dann, wenn der Erbe nicht den Willen hatte, die Erbschaft anzunehmen.

Diese Parallelsetzung halte ich nicht für gerechtfertigt. Man übersieht hierbei, daß im Falle der „Weinversteigerung" der Erklärende wenigstens einen Handlungswillen besaß und auch betätigte. In unserem Fall des untätig bleibenden Erben dagegen brauchte ein solcher nicht vorhanden zu sein. Der Erbe hat die An-

---

[257]) „Irrtum und Auslegung", S. 107 Anm. 1.

nahmewirkungen auf sich zu nehmen, ohne überhaupt einen Handlungswillen zum Ausdruck gebracht zu haben.

M.E. bleibt nichts übrig, um bei der unbewußten Fristversäumung eine Anfechtung zu gewähren, als sich zu unserer Auffassung von den „fingierten Erklärungen" zu bekennen und die Bezugnahme auf die „wirklichen Willenserklärungen" aufzugeben.

Der Gesetzgeber sollte bei einer künftigen Neuregelung dies ganze Problem klären und durch eine unmißverständliche Gesetzesfassung jeglichen Zweifel ausschließen.

IV. Die „Ausschlagung".

1. Funktion in den verschiedenen Systemen.

Wie bezüglich der „Annahme" zwischen beiden Rechten erhebliche Unterschiede festzustellen sind, so bestehen umgekehrt entsprechende Abweichungen bei dem Gegenstück der Annahme, der „Ausschlagung".

Im deutschen Recht hebt die Ausschlagung[258]) die bereits erfolgte Vereinigung (wenn auch „vorläufige") von Nachlaß und Eigenvermögen des Erben rückwirkend wieder auf.

Die österreichische Ausschlagung hat die Wirkung, daß der Erwerb, der noch nicht erfolgt ist, nicht mehr stattfinden kann.

Hier ist also ihre Bedeutung geringer[259]). Insofern, als sie den Erwerb der Erbschaft verhindert, ist sie der bloßen Unterlassung der Erbserklärung gleichzustellen; denn ohne Erbserklärung kann man grundsätzlich ja auch keine Erbschaft erwerben. Dennoch ist dies Verhalten, wie oben (Anm. 52)[260]) ausgeführt wurde, regelmäßig nicht als eine (stillschweigende) Ausschlagung zu betrachten; die Ausschlagung muß vielmehr ausdrücklich geschehen[261]), weil sie ja

[258]) Sie geschieht durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1945). Ferner ist gesetzlicher Tatbestand noch die Anfechtung der Annahme (§ 1957). Diese Anfechtung hat auch gegenüber dem Nachlaßgericht zu geschehen (§§ 1955, 1945).

Für das österreichische Recht: *Klang*, § 806 II, III.

[259]) Dies ist vielleicht auch mit ein Grund dafür, daß sie im Gesetz zwar erwähnt (§ 805), aber nicht weiter geregelt ist. (S. oben Anm. 57.)

[260]) *Klang*, § 805, 1; *Krasnop.*, S. 280 f.; *v. Anders*, S. 45.

[261]) Sie muß dem Gericht gegenüber ausdrücklich und ohne Beifügung einer Bedingung erklärt werden (*Krasnop.*, S. 280). [Eine außergerichtliche Ausschlagung hält *Unger* (§ 37, Anm. 1) für möglich; aber leider beruft er sich wieder nur auf römisch-rechtliche Gesetzesstellen.]

Sie ist unwiderruflich mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme seitens des Abhandlungsgerichts. Die Erbserklärung eines Erben, der ausgeschlagen hat, ist zurückzuweisen. (*Klang*, § 806 III).

nicht nur die Folge hat, daß der Berufene von der Verlassenschaftsabhandlung ausgeschlossen wird (und deshalb der Erwerb nicht eintritt), sondern weil durch sie das Erbrecht des Berufenen zum Erlöschen gebracht wird[262]) [263]).

Im einzelnen ist über die Ausschlagung im österreichischen Recht noch anzuführen:

Bezüglich der Geschäftsfähigkeit gilt das bei der „Annahme" Gesagte entsprechend (§ 805 ABGB). Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel nur auf die dem Erben bereits bekannten Berufungsgründe[264]). (*Klang-Schell,* § 805, 2, b; vgl. § 1949 II DBGB). Wer also als gesetzlicher Erbe ausgeschlagen hat, kann sich auf Grund eines nachträglich aufgefundenen Testaments immer noch als Erbe erklären. Die Ausschlagung kann sich ebenso wie im deutschen Recht (§ 1950) nicht auf einen Teil der ganzen dem Berufenen angefallenen Erbschaft oder einen Teil seines Erbteils beziehen. Anders als im deutschen Recht ist aber die Wahlmöglichkeit bei verschiedenen Berufungsgründen geregelt. Der Testamentserbe, der zugleich gesetzlicher Erbe wäre, ist nicht befugt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muß die Erbschaft aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz entsagen (§ 808); anders § 1948 DBGB, der dem Erben die uneingeschränkte Wahl zwischen den Berufungsgründen läßt. [Wegen § 1949, II, wonach sich eine Ausschlagung auf alle den Erben bekannten Berufungsgründe bezieht, muß der Erbe, der seine Erklärung auf einen von mehreren Berufungsgründen beschränken will, das in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen. Angesichts der §§ 2161, 2192 ist die praktische Konsequenz des § 1948 gering, da die dem Testamentserben aufgelegten Belastungen auch den gesetzlichen Erben im Zweifel treffen. Von Bedeutung könnte es einmal bezüglich der „Ausgleichung" (§ 2050) werden.]

---

[262]) S. oben S. 31. Sie führt zum Verlust des Rechts auf Erwerb der Erbschaft durch Einantwortung (*Siber,* Haftung f. Nachlaßsch., S. 23); nach der Einantwortung kann der wahre Erbe gegenüber dem Erbschaftsbesitzer auf seinen Anspruch verzichten. Dies ist nicht als Ausschlagung im technischen Sinn anzusprechen.

[263]) Bezüglich der Wirkung ist der Ausschlagung gleichzustellen die sog. „Omission", ein negatives Verhalten des Berufenen, durch welches ihm die Erbschaft verlorgengeht: z. B. Nichterfüllung einer Potestativbedingung, an welche die Berufung gebunden ist (*v. Anders,* S. 45).

[264]) Das gleiche gilt im deutschen Recht (arg. § 1949): so *Ennecc.-Kipp,* § 53 Anm. 10; (a. A. *Leonhard,* § 1949 III a. E.)

Die Ausschlagung ist wirkungslos (keine Anfechtung nötig), wenn der Erbe über den Berufungsgrund irrt.

2. Wirkung bezüglich der Nachberufenen.

Sehr bestritten ist, ob die Ausschlagung auch zu Lasten der Nachkommen des Ausschlagenden wirkt. (Das deutsche Recht verneint es in den §§ 1953, II, 1924). Überwiegend wird es im österreichischen Recht bejaht[265]).

Der Grund dafür ist, daß im österreichischen Recht, wie die Redaktionsprotokolle ausweisen[266]), die alte „Repräsentationslehre“[267]) noch Eingang gefunden hat, wonach Repräsentation nicht nur den Eintritt des Deszendenten in die „Erbportion“, sondern auch Sukzession in die „Erbanwartschaft“ des vorverstorbenen[268]) Anwärters bedeutet und mithin der Repräsentant nicht auf Grund seines Verwandtschaftsverhältnisses zum Erblasser, also aus eigenem Recht, sondern iure parentis praedefuncti erbt.

Der § 541, der trotz Erbunwürdigkeit des vorverstorbenen Erben die Nachkommen desselben erben läßt, erscheint angesichts dieser Auffassung als Ausnahmebestimmung, während die §§ 551[269]), 733, 734[270]) die Regel ausdrücklich bestätigen[271]).

Ehrenzweig (§ 485 IV) macht sich die Auffassung zu eigen, daß der „Eintritt“ sich nur auf die Erbportion beziehe. Das Eintrittsrecht setze also nur voraus, daß der vermittelnde Verwandte nicht Erbe wird; es sei gleichgültig, ob er es deshalb nicht wird, weil er verstorben oder weil er erbunfähig ist oder weil er für seine Person verzichtet[272]) oder ausgeschlagen hat. Der Eintretende übt eigenes Recht

---

[265]) *Klang-Schell,* § 805, 2, b; *Krasnop.,* S. 281; *v. Anders,* S. 36.

[266]) *Pfaff-Hofm.,* Exkurse, II S. 26 f.

[267]) S. hierüber *Krasnop.,* S. 179. — Für das deutsche Recht: *Strohal,* Bd. I S. 48 Anm. 7; *Ennecc.-Kipp,* § 4 II 1 Anm. 17; *Boehmer,* Vorschläge, S. 31, 78.

[268]) viventis nulla repraesentatio: dies folgt aus der Vorstellung, daß der „Eintritt“ die Vererbung der Anwartschaft ist.

[269]) „Erbverzicht“ wirkt zu Lasten der Nachkommen, wenn nichts anderes vereinbart wird.

[270]) Aus den Worten „so fällt der Anteil, welcher dem verstorbenen Kind gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel zu“, will man folgern, daß, wenn dem vorverstorbenen Kind ein Anteil wegen Ausschlagung beispielsweise nicht gebührt hätte, auch der nachgelassene Enkel von der großväterlichen Erbschaft nichts erhalten könne; man sieht also darin eine Anerkennung der vorgetragenen Repräsentationslehre.

[271]) Die Berechtigung der ganzen Auffassung für das österreichische Recht bestreitet *Unger,* § 33 Anm. 4; sogar für das röm. Recht lehnt er sie ab. Nach ihm ist § 541 keine Ausnahme, sondern eine bei passender Gelegenheit ausgesprochene Bestätigung dafür, daß die Repräsentation sich nicht auf das Erbrecht selbst, sondern nur auf die Erbportion bezieht.

[272]) Für das deutsche Recht s. § 2349, der eine Ausnahmebestimmung darstellt!

aus. Bezüglich der Ausschlagung empfiehlt er jedoch die Sonderbehandlung, die auch dem Verzicht in § 551 zuteil geworden ist, und kommt also zu dem Ergebnis der ersten Meinung, daß die Ausschlagung zu Lasten der Nachkommen geht, ausgenommen, wenn sie auf die Person des Ausschlagenden beschränkt wird[273]).

Klang (§ 805, 2 b) hält die Analogie mit dem Erbverzicht nicht für zwingend. Er kommt zu dem gleichen Ergebnis, aber auf Grund rechtspolitischer und rechtslogischer Erwägungen: Wenn bei Erbunwürdigkeit für die Nachkommen kein Schaden eintreten soll (§ 541), so ist das zu verstehen. Die Kinder sollen nicht für das Verhalten der Eltern büßen. Die Tatsache, daß in diesem Fall die Eltern nicht Erbe werden, ist keine Folge eines dahingehenden Willensaktes[274]). Anders im Falle der Ausschlagung. Hier bezieht sich ihr Wille unmittelbar auf die Erbschaft. Ebenso wie sie auf einen anderweitigen Vermögenszuwachs verzichten oder eine erworbene Erbschaft vergeuden können, ohne daß die Kinder etwas dagegen machen können, so müssen die Kinder es auch hinnehmen, wenn eine angefallene Erbschaft durch Ausschlagung abgelehnt wird.

„Schlägt ein eingesetzter Erbe aus, so fällt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben. Diese sind verpflichtet, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen[275]). Entsagen auch sie der Erbschaft, so werden die Legatare verhältnismäßig als Erben betrachtet." (§ 726 ABGB.) Die nach § 726 berufenen Vermächtnisnehmer geben eine Erbserklärung ab (§ 121 II VaSt; *Klang,* § 726 II).

Tritt keine Repräsentation ein[276]), liegen also die Voraussetzungen des „Anwachsungsrechtes" vor, so wächst der Erbteil des ausschlagenden Erben den Miterben zu[277]), [278]), [279]).

---

[273]) Diese Beschränkungsmöglichkeit auf die eigene Person nimmt auch *Klang* (§ 805, 2, b) an.

[274]) Der in dem Verbrechen, welches die Unwürdigkeit bedingt, liegende Willensakt bezieht sich nicht unmittelbar auf die Erbschaft, sondern erhält nur durch die Gesetzesbestimmungen über Erbunwürdigkeit Bedeutung.

[275]) Vgl. §§ 2161, 2192 BGB.

[276]) Rvgl.Hwb. II S. 238; [I, 2].

[277]) S. *Klang,* § 563 II. — Das deutsche Recht spricht von „Erhöhung der Erbteile" bei der gesetzlichen Erbfolge, von „Anwachsung" bei der testamentarischen (*Strohal,* I S. 60).

Im österr. Recht wird im Gesetz von „Anwachsung" auch nur bei der letztwilligen Erbfolge geredet (§ 560). Aber es ist einhellige Meinung heute (*Klang,* § 734 II), daß es auch bei der gesetzlichen anzunehmen sei.

Über das Wesen der Akkreszenz s. *Klang-Handl,* § 563 I.

[278]) *Klang,* § 805, 2, b.

[279]) S. unten „Anhang", S. 86.

Eine Ausschlagung zugunsten eines Dritten ist, wenn dieser nicht der Nächstberufene ist, in der Regel nicht als Ausschlagung, sondern als Erbrechtsveräußerung (§ 1278) aufzufassen[280].

3. Gläubigeranfechtung.

Mit den soeben angeführten Gedankengängen (bei *Klang*), wo die Ausschlagung in eine Reihe gestellt wurde mit der Unterlassung eines Vermögenszuwachses und mit einer „Vergeudung", hängt auch zusammen, daß für das österreichische Recht allgemein angenommen wird, die unentgeltliche Ausschlagung sei wie eine Schenkung zu behandeln. Eine durch die Ausschlagung bewirkte Vermögensvermehrung des Begünstigten auf Kosten des Ausschlagenden kann im Konkurs und außerhalb desselben angefochten werden. (§§ 29 KO, 13 Anfecht. Ges. v. 16. 3. 1884.) Es liegt nahe, daß ein verschuldeter Erbe die Erbschaft zum Nachteil seiner Gläubiger ausschlägt. Gerät er in Konkurs, so kann der Konkursverwalter die Ausschlagung anfechten und die Erbschaft für die Masse antreten. (§ 4 KO.)[281] Außerhalb des Konkurses können die anfechtenden Gläubiger zwar nicht die Antretung erwirken; sie können aber vom Erwerber der Erbschaft Befriedigung oder Ersatz verlangen (§ 13 Anfecht.-Ges.)[282].

---

[280]) *Ehrenz*, § 510 II.

[281]) *Ehrenz*, § 509 IV; *Klang-Schell*, § 805, 2, b; *Krasnop.*, S. 282.

[282]) So *Ehrenz*, § 510 III; *Pineles*, Grh. Z. 14, 106; *Stubenrauch*, S. 1006: Dem Erwerber gegenüber kann die Ausschlagung angefochten werden mit der Wirkung, daß er die Exekution auf das Erbgut zulassen muß, gleich, als wäre es vom Schuldner erworben worden. *Krasnop.* (in Grh. Z. 15, 114 ff.) hält die vom Gesetz vorgesehene Anfechtung der Ausschlagung außerhalb des Konkurses für unpraktisch. Eine Bestimmung, die den Gläubiger in diesem Falle ermächtigte, für den Schuldner die Erbserklärung abzugeben, ist nicht vorhanden. Die Erbserklärung des Schuldners könne auch nicht fingiert werden, besonders auch deshalb nicht, weil die Fiktion dann nur relative Wirkung gegenüber den Gläubigern haben würde, was dem absoluten Charakter der Erbeneigenschaft widerspräche. Endlich liege es auch in der restitutorischen Natur der Anfechtung, die nur denjenigen Rechtszustand herstellen kann, der vor der angefochtenen Handlung bestand, daß außerhalb des Konkurses mit der Anfechtung für die Gläubiger nicht viel anzufangen sei. Sie kann zwar die Wirkung der Ausschlagung beseitigen, den Zustand des schuldnerischen Vermögens dem anfechtenden Gläubiger gegenüber wieder so herstellen, wie er vor der Ausschlagung war. Zu dieser Zeit hatte der Schuldner aber nur „das Recht aus der Delation", noch nicht die Erbschaft. Dies Recht ist aber kein Exekutionsobjekt für die Gläubiger (s. *Klang*, § 532 V d).

Anders entscheidet sich in dieser Frage der deutsche Gesetzgeber. § 517 BGB bestimmt ausdrücklich, daß die Ausschlagung einer Erbschaft keine Schenkung darstelle. Sie wird nicht als Verfügung über eigenes Vermögen angesehen; die h. M. nimmt an, daß eine Ausschlagung, selbst wenn sie in der Absicht erfolgt, die Gläubiger des Ausschlagenden zu benachteiligen, nicht nach dem Anfecht.-Ges. (v. 23. 7. 1879) § 3 oder, falls er nachher Konkurs macht, nach der KO (§§ 30–32) angefochten werden kann[283]).

Diese unterschiedliche Stellungnahme der beiden Rechtsordnungen zu der Frage der Anfechtbarkeit der Ausschlagung ist m. E. unverständlich; ja, wenn schon eine Unterscheidung zu erwarten war, dann wäre es die umgekehrte gewesen!

Beim österreichischen Recht hätte man nicht notwendig anzunehmen brauchen, daß die Ausschlagung wie eine Vermögensverfügung behandelt werden soll. Denn dort wird ja mit der Ausschlagung nicht eine bereits erworbene Erbschaft abgelehnt, sondern bloß das „Recht auf die Erbschaft". Aber da dies Recht einen „Vermögenswert" darstellt (s. oben S. 42 Anm. 108) und die Ausschlagung immerhin eine Verfügung über die „teilweise erworbene" (Stufenerwerb!, siehe S. 47/48) Erbschaft ausmacht, läßt sich die Stellungnahme des österreichischen Rechts begreifen.

Viel unerwarteter ist die des deutschen Rechts. Es ist von seinem Standpunkt des Ipso-jure-Erwerbs aus nicht einleuchtend und nicht ganz folgerichtig, in der Ausschlagung, die doch eine mit dem Anfall bereits erworbene Erbschaft wieder zurückweist, keine Vermögensverfügung zu erblicken.

Die vielfach versuchten Erklärungen damit, daß eben der Erwerb noch nicht vollständig sei, können doch wohl nicht als hinreichend angesehen werden[284]).

Trotz der Beachtlichkeit der Gründe wird man (mit *Stubenrauch,* S. 1006) hierauf erwidern müssen, daß in diesem Fall, wo man die Wahl hat, das Gesetz als wirkungslos oder bloß als gegen allgemeine Grundsätze verstoßend zu erklären, dennoch die Zulässigkeit der Anfechtung außerhalb des Konkurses zu bejahen ist.

[283]) Statt vieler vgl. *RGZ* 54, 289; 67, 431; 84, 347.

[284]) Zur Begründung beruft man sich meist auf die *Motive zu E. I* (Mot. IV, 243 und V, 683), welche im Hinblick auf die Ausschlagungsmöglichkeit zu der Auffassung kommen, daß, materiell gesehen, die Erbschaft nicht anders erworben werde als beim Antretungsprinzip.

Diese Berufung auf den E. I anläßlich der vorliegenden Frage ist aber nicht ganz gerechtfertigt: Der heutige § 517 macht nämlich ausdrücklich einen Unterschied zwischen dem „Verzicht auf angefallene, noch nicht endgültig erworbene Rechte" einerseits und dem „Ausschlagen einer Erb-

Tatsächlich wurde auch im früheren Recht, soweit der Anfallsgrundsatz galt, die Ausschlagung als anfechtbare Vermögensverfügung betrachtet[285]). Es bleibt nichts übrig, als neben jenen konstruktiven Gründen noch eine Erklärung darin zu suchen, daß bei der Regelung folgender Gedanke hineingespielt hat: Die Erbfolge ist nicht nur Vermögenserwerb, sondern Fortsetzung des Rechtslebens des Erblassers. Infolgedessen haftet der Ausschlagung der Erbschaft auch in erheblichem Maße der Charakter eines „höchstpersönlichen" Aktes an[286]). (Vgl. §§ 1406, Ziff. 1, 1453, 1519 II, 1525 II, 1549, 1550 II, KO § 9.) Mit Rücksicht hierauf scheint es verständlich, wenn man die freie Entscheidung des Berufenen nicht durch die Möglichkeit der Gläubigeranfechtung beeinträchtigen lassen will[287]).

Die österreichische Ausschlagung bringt das für den Berufenen entstandene „Warterecht" ex nunc zum Erlöschen und eröffnet dadurch die Erbfolge für den Nächstberechtigten. Ganz Ähnliches behauptet *Endemann* (S. 792) für das deutsche Recht: Mit dem Anfall trete im deutschen Recht bereits ein erbrechtlicher Erwerb ein. Aber sein Gegenstand sei nicht der Nachlaß, sondern das „Erbenwartrecht"[288]). Die Ausschlagung betreffe dies angefallene Wartrecht und beseitige es derart, daß es sich nicht zum Erbenvollrecht verwirklichen kann.

Diese Auffassung entspricht jedoch nicht dem vom BGB angenommenen Grundgedanken des „Anfallerwerbes". Während im österreichischen Recht der Erbe nicht schon mit dem Erbfall Subjekt der

---

schaft" andererseits; er gibt dadurch zu verstehen, daß er ein begriffliches Zusammenfallen beider nicht anerkennt; sonst hätte er die Ausschlagung ja einfach unter den größeren Begriff des Verzichts auf ein bloß angefallenes Recht zählen können oder sie höchstens unter Einschiebung des subordinierenden Verbindungswortes „insbesondere" als Sonderbeispiel erwähnen können. Im E. I. lag die Sache anders. Da hieß es im § 439 Abs. II (dem jetzigen § 517): „Eine Vermögensverminderung liegt nicht vor, wenn auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Vermögensrecht verzichtet wird" und im Abs. III: „Als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt die Ausschlagung einer Erbschaft."

[285]) *RGZ* 67, 431.

[286]) *Boehmer*, Erbf. und Erbenh., S. 21; *Enneccerus-Kipp*, § 53 IV; *RGZ* 54, 290; a. A.: *Endemann*, S. 793.

[287]) In Anbetracht dessen, daß die meisten ausländischen Rechte einen dem deutschen Recht entgegengesetzten Standpunkt zu dieser Frage einnehmen, erscheint eine erneute Prüfung dieses Problems bei einer künftigen Reform erforderlich. Vgl. unsere diesbezüglichen kritischen und rechtspolitischen Ausführungen auf S. 114 unten.

[288]) Vgl. die übereinstimmende Auffassung *Pineles'* (Grh. Z. 14, 103) betr. d. österr. Rechts (s. oben S. 42 Anm. 108).

Erbschaft geworden ist, ist es aber der Erbe nach deutschem Recht. Die Fiktion, daß im Fall der Ausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt, an den Nächstberufenen aber schon als mit dem Erbfall geschehen gilt (§ 1953), will an dem, was war oder nicht war, nichts ändern. Der zuerst Berufene ist mit dem Erbfall Erbe geworden; wenn er ausschlägt, hört er auf, es zu sein[289]). Die Fiktion schreibt lediglich vor, wie die rechtliche Behandlung für die Zukunft sein soll. Sie regelt das Verhältnis der Beteiligten derart, daß für den ausschlagenden Erben daraus, daß er Erbe war, keine rechtlichen Folgerungen gezogen werden dürfen[290]) und umgekehrt die rechtliche Lage des Zweiten[291]) so zu beurteilen ist, als hätte ihm die später erworbene Erbschaft schon früher (seit dem Anfall) gehört[292]).

V. Erbenloser Nachlaß, der Fiskus als Erwerber der Erbschaft.

(Anhang zu S. 82 Anm. 279.)

Ist kein testamentarischer oder vertragsmäßiger und kein gesetzlicher Erbe vorhanden, oder will keiner der zur Erbschaft Berufenen die Erbschaft haben, sind ferner Vermächtnisnehmer entweder nicht vorhanden oder nicht geneigt, von dem (oben S. 82 erwähnten) außerordentlichen Erbrecht nach § 726 ABGB Gebrauch zu machen, so erhebt sich die Frage, wem die Erbschaft dann zufallen soll.

Nach römisch-rechtlicher Auffassung gelangt die Erbschaft in diesem Fall als „erblose" (bonum vavans) an den Fiskus. Diese Regelung findet sich auch in den beiden uns interessierenden Rechtsordnungen (§§ 1936 BGB; 760 ABGB).

---

[289]) *Bauer*, S. 6, 11; *Hellwig* i. d. Festschr. f. Martitz, S. 164; *Kipp* in JW 1912, S. 12.

[290]) Abgesehen von den Ausnahmefällen in § 1959, II, III.

[291]) Schon die Entscheidung der Frage, wer überhaupt nach der Ausschlagung als Erbe in Betracht kommt, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Erbfalls. Daß der Nächstberufene den Zeitpunkt der Ausschlagung noch erlebt, ist nicht erforderlich. Über die Angemessenheit dieser Regelung s. unsere Kritik unten auf S. 123.

[292]) Die infolge des Anfalls an den Erstberufenen durch Vereinigung erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten des vorläufigen Erben gegenüber dem Erblasser leben wieder auf. Auch die dinglichen Verschmelzungswirkungen der Konsolidation zwischen Eigentum und den dinglichen Rechten an fremder Sache fallen weg.

Umstritten und Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen ist aber seit jeher die Frage gewesen, wie die sich dabei ergebende rechtliche Stellung des Fiskus zu verstehen sei[293]).

Während die einen das Recht des Fiskus wenn auch nicht gerade als Erbrecht, so doch nach Analogie des Erbrechts behandelt wissen wollten[294]), schrieben andere dem Fiskus nur ein aus öffentlichem Recht fließendes Heimfallrecht zu[295]), das bald als ein aus seiner Souveränität hergeleitetes Aneignungsrecht an herrenlosem Gut, bald als Ausfluß der Gerichtsherrlichkeit oder eines lehensartigen Obereigentums an allen Liegenschaften des Staatsgebietes erklärt wird.

Die beiden Gesetzbücher deuten durch ihren Wortlaut im wesentlichen ihre Stellungnahme zu diesen Streitfragen an: das österreichische ABGB spricht im § 760 von einem „erblosen Gut", das dem Staat anheimfällt. Es sieht also den Staat nicht eigentlich als Erben an; denn bei einem „erblosen Gut" ist kein Erbe vorhanden[296]). Das deutsche BGB bezeichnet dagegen in § 1936 den Fiskus ausdrücklich als „gesetzlichen Erben"[297])[298]).

In beiden Rechten bedarf es zuvor eines feststellenden Verfahrens, welches die Sicherheit bietet, daß kein anderer Erbe übergangen wird. Zum Zwecke dieser Feststellung hat nach deutschem Recht das Nachlaßgericht regelmäßig eine öffentliche Aufforde-

---

[293]) S. hierüber die eingehenden Ausführungen bei *Boehmer-Staud.*, § 12; *Pfaff-Hofm.*, II S. 772 f., 785; *Rühl* in Rvgl.Hwb. III S. 431; *Landauer*, Grh. Z. 28, 161. Rechtspolitisches: s. *Boehmer-Staudinger*, § 12, 8; *Siber*, Haft f. N. S. 87.

[294]) Der Fiskus war heredis loco. Romanistische Auffassung! Bestr. von *Klang*, § 760 I.

[295]) German.-deutschrechtliche Auffassung!

[296]) Gleichwohl ist in der Einziehung des erblosen Nachlasses auf Grund des staatlichen Heimfallrechtes nicht eine dem Staat vorbehaltene Aneignung herrenloser Sachen zu sehen. Vielmehr ist sie dem erbrechtlichen Erwerb doch sehr ähnlich insofern, als sie eine Gesamtnachfolge darstellt. (*Mayr*, II 194; *Ehrenz*, § 491 II 3; *Pfaff-Hofm.*, II S. 791; *Walker*, S. 897; etwas anders *Klang*, § 760 II.)

[297]) S. dazu *Mot.* V, 379; der Fiskus ist gesetzlicher Erbe letzter Ordnung. Nur in dieser seiner Stellung als „gesetzlicher Erbe" betreffen ihn die besonderen Vorschriften des BGB. Als Testaments- oder Vertragserbe steht der Fiskus anderen Erben durchaus gleich.

[298]) Die Schwierigkeiten, die sich im Internationalen Privatrecht aus der verschiedenen Auffassung von der staatlichen Nachlaßbeteiligung ergeben können (s. *Staud.-Raape*, Art. 25 B II; Rvgl.Hwb. III 432), hat das Nachlaßabkommen vom 5. 2. 27 (s. oben S. 14 Anm. 9) behoben in *§ 4*.

rung zur Anmeldung der Erbrechte unter einer bestimmten Anmeldungsfrist zu erlassen (§ 1965)[299]. Diese Feststellung hat nur deklatorische Bedeutung. Sie macht den Fiskus nicht zum Erben, wenn sie richtig ist, und sie ist ziemlich bedeutungslos, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden ist[300]. Sie hat nur die Wirkung, daß vermutet wird, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden ist und daß der Fiskus ermächtigt wird, sich der Erbschaft tatsächlich anzunehmen. Konstitutive Bedeutung hat die gerichtliche Feststellung aber insoweit, als sie dem Fiskus in den Rechtsstreitigkeiten über Nachlaßgegenstände die Aktiv- und Passivlegitimation gewährt (§ 1966)[301].

Im österreichischen Recht kann ein Nachlaß erst dann als erblos behandelt werden, wenn trotz wiederholter Aufforderung keine Erben sich melden bzw. sich hinreichend ausweisen können. Es ist ein Verlassenschaftskurator zu bestellen, und durch ein Edikt (Aufgebot) sind eventuelle Erben aufzufordern, sich zu melden und die Erbserklärung abzugeben, widrigenfalls die Verlassenschaft vom Staate eingezogen werden würde (§ 128 VaSt). Tritt dieser Fall ein, so hat die Abhandlungsbehörde, ohne daß eine Erbverhandlung zu pflegen wäre[302], den Nachlaß dem Fiskus zu übergeben (§ 103 VaSt)[303].

Im einzelnen ist über die Stellung des Fiskus nach beiden Rechten noch zu erwähnen:

Etwaige Belastungen des Erwerbers durch Auflagen und Vermächtnisse treffen auch den Fiskus. Für das deutsche Recht[304] ergibt sich dies daraus, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe ist und mithin die §§ 2161, 2192 auch für ihn gelten. Für das österreichische Recht[305]

[299]) S. hierzu ausführlich *Rentner* in Gruchot Bd. 60, 675 ff.

[300]) *Strohal,* I 54 Anm. 3; *a. A. Rentner,* a. a. O. S. 701.

[301]) Die Erbschaft hat der Fiskus bereits mit dem Anfall erworben. Deshalb bedarf es auch keines Antrags des Fiskus auf Einweisung in den Nachlaß. Das ganze Verfahren wird von Amts wegen abgewickelt (*Rentner,* S. 676).

[302]) Dies wird als weiteres Argument dafür gebracht, daß ein „gesetzliches Erbrecht" nicht vorliegt.

[303]) Anders als im deutschen Recht bedarf es hier aber eines Antrags des Fiskus (*Mayr,* II 195; *Landauer,* S. 211), um das Feststellungsverfahren in Gang zu bringen.

[304]) *Planck-Flad,* § 1936, 3.

[305]) *Ehrenz,* § 491 III; *Pfaff-Hofm.,* II S. 791. Letzteres ist jedoch wegen § 726 ohne großen praktischen Wert. Die Legatare, welche die angebotene Erbschaft ausschlagen (s. oben S. 86), behalten ihre Vermächtnisansprüche gegen den Fiskus, wenn dieser annimmt (s. unten A. 307). Dies wird er jedoch bei einer Erbschaft, die schlechterdings niemand haben will, meist wohl bleiben lassen. Ist aber die Erbschaft mehr wert als die Legate, dann werden die Vermächtnisnehmer nicht ablehnen. So wird die Pflicht des Fiskus zur Entrichtung der Vermächtnisse kaum jemals praktisch.

folgt es aus dem in den §§ 563, 606, 650, 726 zum Ausdruck kommenden Leitgedanken, daß den Erwerber auch die Verpflichtungen aus letztwilligen Erklärungen treffen sollen.

Nach deutschem Recht kann der Fiskus nicht „ausschlagen" (§ 1942 II) und nicht „verzichten" (§ 2346)[306]. Anders im österreichischen Recht (h. M.). Hier kann der Staat die Einziehung des Nachlasses ablehnen[307]. Die nicht in Anspruch genommene Verlassenschaft wird entweder jure crediti eingeantwortet (§ 73 VaSt)[308]; ist dies nicht der Fall, so bleibt der Nachlaß in gerichtlicher Verwaltung. Von einem freien Aneignungsrecht kann keine Rede sein. Die Liquidation wird durchgeführt, der „reine Nachlaß" im Depositenamt in Gestalt von Wertpapieren hinterlegt und schließlich kraft „Behaltungsrechtes" vom Staat übernommen[309].

Da der Fiskus nach deutschem Recht unvermeidlich Erbe wird[310], mußte Vorsorge getroffen werden, daß ihm hieraus kein Schaden erwächst. Das ist geschehen mit den §§ 2011, 1966 BGB, 780 II ZPO. Zwar haftet er als gesetzlicher Alleinerbe für die Nachlaßverbindlichkeiten an sich unbeschränkt[311], also mit dem Nachlaß und dem sonstigen Vermögen. Er hat aber das Recht, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Dazu muß er sich der vom Gesetz vorgesehenen Mittel (Nachlaßverwaltung, Konkurs, Vergleichsverfahren, Gläubigeraufgebot) bedienen. Eine Besserstellung des Fiskus beruht jedoch darauf, daß er es gemäß § 780 II ZPO nicht nötig hat, den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung zu erwirken. Es bleibt ihm trotz des nicht erwirkten Vorbehalts jegliches Recht der Haftungsbeschränkung erhalten.

Ferner begünstigt ihn die Sonderbestimmung des § 2011. Dem Fiskus können die Nachlaßgläubiger keine Frist zur Inventarerrichtung setzen (§ 1994) und auf diese Weise etwa die unbeschränkbare Haftung herbeiführen (§§ 1994, 2005, 2066).

Und schließlich kommt dem Fiskus noch § 1966 zustatten, wonach gegen ihn als gesetzlichen Erben ein Recht erst geltend gemacht

---

[306]) *Planck-Flad,* § 1942, 2.

[307]) *Ehrenz,* § 491 III.

[308]) S. oben S. 28.

[309]) So *Ehrenz,* §§ 491 Anm. 9, 215 III.

[310]) Der Gesetzgeber wollte verhindern, daß eine Herrenlosigkeit der Erbschaft eintrete, vermöge deren diese der freien Aneignung verfallen würde.

[311]) Auf den Streit im deutschen Recht, ob die unbeschränkte Haftung (h. M.) oder die beschränkte grundsätzlich anzunehmen sei, kann hier nicht eingegangen werden.

werden kann, nachdem vom Nachlaßgericht festgestellt ist, daß kein anderer Erbe vorhanden ist[312]).

Das österreichische Recht, in dem nach h. M. der Fiskus nicht notwendigerweise die Erbschaft bekommt, brauchte nicht solche Vorkehrungen zum Schutze des Fiskus. Aber auch hier wird erreicht, daß der Fiskus für die Forderungen, in die er eintritt[313]), immer nur beschränkt, also wie ein Vorbehaltserbe, haftet. § 92 II Ziff. 2 VaSt bestimmt, daß in diesem Fall von Amts wegen ein Inventar errichtet werden muß. Hieraus sowie aus § 807 folgert die allgemeine Meinung, daß der Fiskus nur beschränkt, wie ein Vorbehaltserbe, haftet[314]).

VI. Die „ruhende Erbschaft"; hereditas jacens.

1. Allgemeines.

Wir haben erkannt, daß es in keiner der beiden Rechtsordnungen erreicht worden ist, daß unmittelbar nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft als vollständig von dem Erben erworben anzusehen ist.

Im österreichischen Recht vollzieht sich der Erwerb stufenweise. Im deutschen Recht tritt er zwar im Augenblick des Erbfalls von Gesetzes wegen ein; aber es mußte zugegeben werden, daß ein interimistischer Schwebezustand nicht vermieden werden konnte und daß dem Erwerb noch zunächst der Charakter der „Vorläufigkeit" anhaftet.

Es erhebt sich darum die Frage, wie man diese Zwischenzeit juristisch werten und insbesondere die Verlassenschaft auffassen soll.

Das römische Recht hatte den Begriff der „ruhenden Erbschaft", die sogenannte hereditas jacens, herausgebildet. Es liegt nahe, zu prüfen, ob eine solche auch in den beiden uns interessierenden Rechtsordnungen anzunehmen ist.

Von dem über dies Problem entbrannten Streit ist wiederum zu sagen, daß er nicht von erheblicher praktischer Bedeutung ist. Die praktische Rechtsanwendung stößt auf keine wesentlichen Schwierigkeiten, da beide Gesetze durch positive Bestimmungen eine hinreichende Regelung getroffen haben. Immerhin ist es aber im Interesse der klaren Erfassung und geistigen Durchdringung einer

---

[312]) Soweit beim Fiskus nicht seine Stellung als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt, kann gegen ihn schon vorher geklagt werden; dies geht aus der in § 1965 II erwähnten Möglichkeit der Klage eines Erbprätendenten gegen den Fiskus hervor.

[313]) *Pfaff-Hofm.*, II S. 791.

[314]) *Mayr*, II 195; *Ehrenz*, § 491 III; *Klang*, § 760 (S. 622); *Landauer*, S. 212 (Grh. Z. Bd. 28).

Rechtsordnung notwendig, daß man die in ihr praktisch vorkommenden Erscheinungen zutreffend juristisch charakterisiert und richtig in den Rahmen des Gesamtsystems einordnet. Darum können auch wir diese Streitfrage nicht ganz unberührt lassen[315])[316]).

Mit dem Tode des Erblassers fällt der Herr des Vermögens, welches die Erbschaft ausmacht, weg. Ein neuer Herr des Vermögens tritt aber, wie gesagt, nicht sofort an seine Stelle. Was geschieht nun mit der Erbschaft in der Zwischenzeit? Sie ist ein Inbegriff von Rechten und Pflichten. Steht man auf dem Standpunkt, daß „kein Recht ohne Subjekt" bestehen kann, dann ist man, um das in jeder Erbrechtsordnung zu fordernde und in der Tat durchgeführte Fortbestehen der Erbschaft im Übergangsstadium zu erklären, genötigt, entweder die als fortlebend gedachte Person des Verstorbenen, oder bereits den künftigen endgültigen Erben[317]) als Subjekt anzusehen[318]).

Meint man, wenn davon die Rede ist, daß jemand Subjekt eines Vermögens sei[319]), die Tatsache, daß die vorhandenen Vermögensrechte den Zwecken des Subjekts zu dienen bestimmt sind, dann ist die obige Auffassung nicht zutreffend. Die Erbschaft im Übergangsstadium soll weder den Gesamtzwecken des Verstorbenen, noch denen des Erben dienen. Sie hat in erster Reihe einen „Erhaltungszweck".

Hiermit ist auch schon ein weiterer Konstruktionsversuch getroffen, der, um den Satz „kein Recht ohne Subjekt" aufrechtzuer-

---

[315]) S. hierzu bes. *Steinlechner,* I 25 ff.; *G. Schwarz,* Arch. f. B. R. 35, S. 66 ff.; *Pfaff-Hofm.,* II S. 32 ff.; *Klang,* Bd. I § 26 VI D; *Sokolowski* in Krit. V. S. 36, 535.

[316]) Daß der Streit überhaupt entstanden ist, erklärt sich daraus, daß der tatsächliche Lebenstatbestand des Erbfalls und der erbrechtlichen Nachfolge einen Zwischenzustand notwendig mit sich bringt, und daß die Forderung, einen solchen zu vermeiden, von keinem Erwerbssystem (auch nicht durch den Anfallgrundsatz) restlos verwirklicht werden kann. Es kommt nur darauf an, dieser faktischen Erscheinung die angemessene rechtliche Beurteilung zuteil werden zu lassen. S. *E. Jung,* S. 1102.

[317]) Seinem Erwerb wird dann rückwirkende Kraft beigemessen (Retrotraktion) (Näheres darüber s. unten S. 101).

[318]) Die Annahme, daß Herrenlosigkeit i. S. von Rechtlosigkeit, nicht bloß von Subjektlosigkeit, eintrete, so daß die Erbschaft der allgemeinen Okkupation preisgegeben wäre, ist angesichts der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen (*Pfaff-Hofm.,* II S. 32).

[319]) Die rechtsphilosophische Frage, was es bedeutet, „Subjekt eines Rechtes sein", ist äußerst umstritten und verschiedenartig beantwortet. Vgl. hierüber *G. Schwarz,* a. a. O. S. 10 ff., 49. Eine nähere Erörterung ist in diesem Rahmen nicht möglich.

halten, das erforderliche Subjekt in die Erbschaft selbst verlegt. Man kann nicht behaupten, daß die in der Erbschaft befindlichen Rechte den Zwecken der ruhenden Erbschaft zu dienen bestimmt wären.

Es bliebe höchstens übrig, zu sagen, daß man nicht eigentlich ein wirkliches Subjekt für das Erbvermögen fordert in dem Sinne, daß das Vermögen nur dadurch rechtlichen Bestand erhalte, sondern daß nur eine Formel gesucht werde, um sich den Bestand des Erbvermögens ohne Subjekt durch Anknüpfung an einen bekannten Gesichtspunkt leichter denken zu können, eine Formel für den Verstand aus juristischen Gründen, um in das Rechtssystem Einheit zu bringen; daß also nur gemeint sei, das Vermögen werde rechtlich so behandelt, als ob es ein Subjekt hätte, während der Mangel desselben zugleich zugegeben wird[320]).

Von hier aus ist es bloß noch ein Schritt zu dem uns ratsam, weil praktisch erscheinenden Standpunkt, der von der petitio principii, daß kein Recht ohne Subjekt bestehen könne, abgeht und anerkennt, daß auch subjektlose Rechte und Verbindlichkeiten existieren können[321]).

Danach ist die ruhende Erbschaft ein transitorisches „Zweckvermögen“[322]).

Eine von den obigen Erörterungen wohl zu unterscheidende[323]) Frage ist diejenige, ob die verschiedenen Theorien für die hereditas jacens die Bezeichnung „Juristische Person“ wählen.

---

[320]) Einen noch anderen Weg schlägt *Jhering* (in Jher.Jb. 10, 390 f.) ein, der die Ansicht vertritt, daß bei vorübergehendem Mangel des Subjekts die passiven Wirkungen, welche das Recht bei seinem normalen Bestand auf die Außenwelt (Personen oder Sachen) ausübt d. h. der Zustand rechtlicher Beschränktheit oder Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt wird, auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subjekt fortdauern oder eintreten können. Mit Recht hat *Pfaff-Hofmann* (S. 33) seine Ausführungen im Ergebnis gebilligt, aber getadelt, daß *Jhering* von den passiven Wirkungen eines nicht bestehenden „subjektiven“ Rechts spricht. Wo die Pflicht Folge eines Rechtes, sein „korrelater Begriff“ ist, kann sie ohne dieses nicht existieren.

Weniger kompliziert erscheint jedenfalls die Auffassung, welche kein Subjekt für die Rechte verlangt und einfach in der objektiven Rechtsordnung den Grund der Fortdauer sieht (s. Text).

[321]) So auch *Schwarz*, S. 53; *Wroblewski*, S. 366; *Binder*, Erbr. S. 12; *Endemann*, S. 770 Anm. 15; *Krückmann* i. Zentr.Bl. 1927, S. 850.

[322]) *Schwarz*, S. 67; *Klang*, § 26 Anm. 23, 143.

[323]) So *Steinlechner*, I S. 56 f.

Oben haben wir untersucht: Ist die hereditas jacens Trägerin einer Rechtspersönlichkeit i. S. eines Rechtssubjekts[324]) oder nicht?

Jetzt fragen wir: Gehört die ruhende Erbschaft zu jenen Rechtsgebilden, die man als „Juristische Personen" bezeichnet? Man könnte glauben, daß die letztere Frage mit der ersten identisch sei, d. h., daß die Erbschaft nicht als eine Persönlichkeit gelten könne, ohne zu den juristischen Personen gezählt zu werden; und daß sie andererseits nicht als eine juristische Person betrachtet werden könne, ohne eine Persönlichkeit in sich zu tragen.

Dies wäre nur zutreffend, wenn feststünde, daß in der juristischen Person entweder eine fingierte oder eine wirkliche Person zu erblicken ist. Es gibt aber noch eine Lehre, die bei der juristischen Person das Vorhandensein eines Subjekts überhaupt negiert[325]). Hiernach wäre es wohl möglich zu sagen, die Erbschaft habe keine Persönlichkeit, gehöre aber zu den juristischen Personen; wie auch umgekehrt, daß die Erbschaft eine Persönlichkeit sei, aber aus dem Kreis der juristischen Personen ausgeschieden werden müßte.

Die Anhänger der Theorie, welche der ruhenden Erbschaft Persönlichkeit beilegt, zählen überwiegend die hereditas jacens auch zu den juristischen Personen; vielfach wird jedoch darauf hingewiesen, daß angesichts der beschränkten Rechtsstellung der hereditas jacens eine Sonderstellung nicht zu verkennen sei[326]).

Die Vertreter der Auffassung von der Subjektlosigkeit sind gleichfalls nicht einheitlicher Meinung. Es ist nicht so, daß sie alle etwa mit der Leugnung der Rechtssubjektsqualität auch zugleich das Vorhandensein einer juristischen Person ablehnten. Diejenigen, welche die Subjektlosigkeit nur für die hereditas jacens, nicht für die anderen juristischen Personen allgemein, vertreten, sind allerdings gegen die Annahme einer juristischen Person.

Diejenigen jedoch, welche bei allen juristischen Personen ein subjektloses Vermögen annehmen, können durchaus die Konstruktion der hereditas jacens als juristische Person befürworten, was tatsächlich auch meistens geschieht[327]).

Wie verhält es sich nun in den beiden uns interessierenden Rechtsordnungen hinsichtlich der Frage der hereditas jacens?

---

[324]) Und zwar Trägerin einer abgeleiteten (vom Verstorbenen oder bereits vom Erben), oder aber einer eigenen Rechtspersönlichkeit.

[325]) Vgl. dazu *Steinlechner*, I, 27 und die Übersicht bei *Klang-Wolff*, § 26 II.

[326]) Vgl. *Pfaff-Hofm.*, II 35; *Steinlechner*, II 100.

[327]) *Steinlechner*, I 59 und die dort Zit.; *Schwarz*, S. 68.

2. Das deutsche Recht.

Betrachten wir zuerst das deutsche Recht: Oben (S. 24) wurde gesagt, daß im System des Anfallerwerbs eine hereditas jacens nicht vorkomme. Gleichwohl wird von namhaften Juristen behauptet, daß der Zwischenzustand der Vorläufigkeit, das Stadium der Schwebe, schlechthin unvermeidbar sei und daß auch im deutschen Recht trotz des sogenannten Ipso-jure-Erwerbs die Existenz einer hereditas jacens nicht geleugnet werden könne[328]).

Für einige Ausnahmefälle ist in der Tat die Annahme einer hereditas jacens nicht ganz von der Hand zu weisen[329]): Erfolgt z. B. der Anfall an einen „Nasciturus", so steht fest, daß andere Erben hierdurch ausgeschlossen werden (§ 1923). Andererseits ist aber auch sicher, daß der Nasciturus wegen § 1 noch nicht Subjekt des erbschaftlichen Vermögens sein kann. Und der in diesem Fall eingesetzte Nachlaßpfleger (§§ 1912, 1960 II)[330]) kann doch wohl nicht ein noch nicht existierendes Rechtssubjekt vertreten, sondern den Nachlaß selbst[331]). Entsprechend ist es bei dem Anfall an eine „Juristische Person", die die Rechtsfähigkeit noch nicht erlangt hat.

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist *Schwarz* (S. 68) der Ansicht, daß ganz allgemein eine hereditas jacens für das deutsche Recht angenommen werden müsse, und daß die Gleichstellung unserer Regelung mit derjenigen, welche das römische Recht für die sui heredes getroffen habe, nicht gerechtfertigt sei. Als Belege führt er an:

1. Der Interimserbe kann zwar über die Erbschaftsgegenstände verfügen. Diese Verfügungsmacht steht ihm aber, solange er nur Interimserbe bleiben will nicht in seinem eigenen Interesse, d. h. als Eigentümer, sondern nur im Interesse der Erbschaft (oder, wenn man will, des künftigen Erben) nach den Regeln der Geschäftsführung zu (§ 1959). Sobald er eine Verfügungshandlung in seinem eigenen Interesse vornimmt, also etwas tut, was nicht ein Verwalter eines fremden Vermögens, sondern nur ein Eigentümer tun darf, gilt seine Eigentümerhandlung als Erbschaftsannahme (pro herede gestio). Nicht, weil er Interimserbe war, konnte er in solchem Fall wie ein Eigentümer verfügen, sondern weil er eben durch diese Verfügung

---

[328]) *Schwarz*, S. 68; *Kohler*, I S. 355, 356; *Hellwig*, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 244; *Hellmann*, Krit. V. S. 39, 215, 216; *Randa*, Verh. d. 13. D. Juristentages, S. 202.

[329]) *Enneccerus-Kipp*, § 1 VIII; *Bernhöft*, S. 582.

[330]) *Staudinger*, § 1960, 4 a; *Hörle*, Zentr.Bl. FG Bd. 9 S. 711 f., 751 f.; *Planck-Flad*, § 1960, 3 b α.

[331]) S. *Siber*, Erbr. S. 110 und Acta acad. S. 1034.

Definitiverbe geworden ist. Die Eigentumsausübungshandlung ist eben für den Delaten zugleich eine Eigentumserwerbshandlung, etwa ebenso wie die Okkupation herrenloser Sachen es für jedermann ist. Mit der h. M. nehmen wir hierzu einen anderen Standpunkt ein:

Vom Erbfall an gehört die Erbschaft bereits dem Definitiverben. Wird der Interimserbe durch Unterlassung der Ausschlagung oder durch Annahme zum Definitiverben (sind beide also eine Person), so erklärt sich die Verfügungsmacht des Interimserben einfach daraus, daß er von Anfang an Eigentümer war. Wird der Interimserbe nicht Definitiverbe (sind sie also verschiedene Personen), dann war der Definitiverbe gemäß § 1953 vom Erbfall an Eigentümer, und es ist verständlich, wenn der Interimserbe nach den Regeln eines Geschäftsführers behandelt wird[332]).

Die Bestimmungen des Gesetzes lassen sich mithin ohne die Auffassung von *Schwarz* erklären.

2. *Schwarz* vermeint ferner zu seiner Auffassung gelangen zu müssen auf Grund der Frage, wer Subjekt der Erbschaftslasten sei. Aus den §§ 1958, 1960, III, 1961 liest er heraus, daß Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, vor der Annahme der Erbschaft nicht gegen den Interimserben, sondern nur gegen den Nachlaßpfleger geltend gemacht werden könnten. Wenn nun der Nachlaßpfleger nach dem Wortlaut des § 1960 nicht für den Interimserben, sondern nur für denjenigen bestellt wird, „welcher Erbe wird", so sei es klar, daß auch Schuldner der Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, nicht der Interimserbe ist. Da unter „Ansprüchen" des § 1958 nicht nur obligatorische, sondern Vermögensansprüche aller Art zu verstehen sind, so sei erwiesen, daß auch Ansprüche, die sich auf den Besitz, auf das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte, die dem Erblasser zugestanden haben, gründen, nicht gegen den Erben, sondern gegen den Nachlaßpfleger zu richten sind. m. a. W., daß auch Besitz, Eigentum usw. des Erblassers nicht dem Interimserben zustehen.

Dies zweite Argument scheint uns gleichfalls nicht unumstößlich[333]). Die ganze Beweisführung übersieht nämlich das

---

[332]) Ganz ähnlich auch *Endemann,* S. 771. Vgl. aber oben S. 86 Anm. 290.

[333]) Vgl. auch *Siber* (Haftung f. Nachlaßsch., S. 48, 50), der es für unzulässig erachtet, aus den angeführten Gesetzesbestimmungen einen zwingenden Rückschluß auf die zugrunde liegende Konstruktionsfrage zu ziehen. Er persönlich ist der Meinung, daß man auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen folgendes anzunehmen habe: im Falle der Nachlaßpflegeschaft und Nachlaßverwaltung ist der Nachlaß, oder besser die Organisation der Nachlaßverwaltung als juristische Person zu den-

kleine, aber nicht unwichtige Wörtchen „gerichtlich". In § 1958 ist nicht die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Interimserben schlechthin ausgeschlossen, sondern nur die „gerichtliche Geltendmachung".

Wie ist also § 1958 zu verstehen? Die h. M., die dem Interimserben die Passivlegitimation abspricht, verneint zugleich den Anspruch des Klägers gegen den Beklagten überhaupt[334]).

Diese Auffassung erscheint mit dem Grundgedanken des Erbschaftserwerbs in unserem Recht, dem Anfallsprinzip, schlecht vereinbar. Die Erbschaft geht mit dem Anfall auf den Erben über. Er ist der materiell-rechtlich Verpflichtete. In dem obigen Sinn kann § 1958 also keine Verneinung der Passivlegitimation bedeuten; die Vorschrift setzt vielmehr fest, daß der vorläufige Erbe nicht der richtige Beklagte ist in dem Sinne, daß die bereits erfolgte Annahme der Erbschaft bei der Klagerhebung eine Klagvoraussetzung darstellt[335]). Eine gegen den Erben vor der Annahme angestrengte Klage würde durch seine Ausschlagung hinfällig werden, da damit die Rechtsbeziehungen des Erben zum Nachlaß untergehen, und der von dem Nachlaßgläubiger mit der Klage geltend gemachte Anspruch könnte daher jederzeit aufhören, gegen den Beklagten zu bestehen. Zur Ersparung unnötiger Prozesse, an deren Durchführung der Nachlaßgläubiger kein rechtliches Interesse haben kann und die nur eine überflüssige Inanspruchnahme des Staates auf Gewährung seines gerichtlichen Rechtsschutzes bedeuten würden, wird in § 1958 lediglich eine besondere Rechtsschutzvoraussetzung, die Annahme, gefordert.

Es braucht aus § 1958 nicht nur nicht die Auffassung von *Schwarz* entnommen zu werden, sondern es kann sogar die gegenteilige Meinung daraus hergeleitet und gestützt werden. Gerade die Existenz des § 1958 könnte als Beweis dafür herangezogen werden, daß der Interimserbe bereits eine Pflichtstellung, weil Erbenstellung, innehat. Wäre es wriklich der Sinn des Gesetzes, daß der Interimserbe noch keine Pflichtstellung besitzt, dann wäre die beschränkende Vorschrift des § 1958 überflüssig.

3. Zur Ergänzung des zweiten Arguments wird ferner noch vorgebracht, daß die Erbschaftsrechte und -pflichten auch nicht vom Erbfall an demjenigen zustehen, der „Erbe wird" (§ 1960). § 1960 deute schon durch seinen Wortlaut darauf hin, indem

---

ken, welcher ein „relatives" Eigentum an den Sachen zugeschrieben werden müsse (so in Acta acad. S. 1039). Die Annahme einer hered. jac. allgemein lehnt er ab (a. a. O. S. 1028, Erbr. S. 131).

[334]) *RG* 60, 181.

[335]) *Planck-Flad,* § 1958, 2/3 und die dort Zitierten.

er den Definitiverben während der Schwebe bezeichnet als jemand, „der Erbe wird", daher nicht bereits „Erbe ist". Weiterhin gehe dies daraus hervor, daß, solange der Erstberufene nicht weggefallen ist (durch Ausschlagung usw.), der Zweitberufene betreffs der Erbschaftssachen nichts tun darf, was ein dritter gänzlich Unbeteiligter nicht auch tun dürfte, und daß die Nachlaßgläubiger gegen den Zweitberufenen nichts tun können, was sie gegen jeden anderen nicht auch tun könnten. Der Zweitberufene habe vor der Hand eine Eventualaussicht auf die Erbschaft; aber Eigentümer der zugehörigen Sachen, Gläubiger der Forderungen, Schuldner der Verbindlichkeiten sei er nicht.

Darauf erwidern wir: Der Erstberufene ist mit dem Anfall Erbe geworden. Fällt er weg, dann gilt der Definitiverbe von Anfang an als Erbe. Aber diese Fiktion mit ihrer Rückziehung der Wirkung schreibt lediglich vor (vgl. dazu die Ausführungen oben S. 86), wie die rechtliche Behandlung für die Zukunft sein soll; sie bestimmt, daß die rechtliche Lage des Zweiten in Zukunft so zu beurteilen ist, als hätte ihm die später erworbene Erbschaft schon früher (seit dem Anfall) gehört. Es ist also auch bei unserer Auffassung durchaus verständlich, wenn er in der Vergangenheit, in der Zeit bis zum Wegfall des Erstberufenen, noch keine nach außen in Erscheinung tretende Beziehung zum Nachlaß besitzt.

Was die ein wenig spitzfindige Folgerung aus dem Wortlaut des § 1960 betrifft, so braucht man sie keineswegs als durchschlagend anzusehen[336]).

Wir kommen danach zu dem Ergebnis, daß die Annahme einer hereditas jacens nicht unbedingt notwendig ist zur Erklärung der Erscheinungen des deutschen Rechtes. Zwar wollen wir nicht in Abrede stellen, daß sie eine Konstruktionsmöglichkeit darstellt, die manches praktisch und einfach erklärt. Das hängt eben damit zusammen, daß in jeder Erbrechtsordnung sich das gleiche Problem der Regelung des Schwebezustandes bietet und die gesetzestechnischen Lösungen große Ähnlichkeiten aufweisen müssen. *Klang*[337]) sagt hierüber: „Es ist nur die Ablehnung einer bestimmten Konstruktion des Verhältnisses, wenn gesagt wird, es gebe nach deutschem Recht keinen ruhenden Nachlaß."

Aber gerade weil wir die Gleichheit des rechtspolitischen Zweckes und die dadurch bedingte Ähnlichkeit der gesetzestechnischen Mittel erkennen, sind wir der Meinung, daß in der Frage der Konstruktion Partei ergriffen werden muß. Unsere Entscheidung fällt zugunsten

[336]) Vgl. auch *Siber*, Haftung f. Nachlaßsch., S. 48.

[337]) *Klang*, § 547 Anm. 1.

der Meinung aus, die eine hereditas jacens im deutschen Recht ablehnt. Denn stimmt man unseren Ausführungen bei, daß ihre Existenz nicht mit Notwendigkeit angenommen zu werden braucht, sondern die Erscheinungen unseres Rechts sich auch anders begreifen lassen, dann wird man auch zugeben, daß angesichts des unser Recht beherrschenden Anfallsgrundsatzes eine hereditas jacens eine Systemwidrigkeit darstellen würde, die man dem Gesetzgeber nicht unterstellen sollte.

Für uns ist der Nachlaß zwar ein „Zweckvermögen", besser ein „zweckgebundenes Vermögen"[338]), das eine gewisse beschränkte Selbständigkeit aufweist, das aber in keinem Augenblick[339]) ohne einen Herrn, ohne Subjekt ist[340]).

3. Das österreichische Recht.

Anders fällt unsere Entscheidung bezüglich des österreichischen Rechts aus:

Dort ist nicht das Prinzip des Anfallerwerbes durchgeführt. Nach dem Erbfall bedarf es erst eines weiteren, neuen Tatbestandes, um den Erwerb eintreten zu lassen, nämlich der Einantwortung. Wir haben uns für den Standpunkt entschieden, daß die Einantwortung das für den vollständigen Erwerb maßgebende Faktum sei, nicht schon die in der Erbserklärung liegende Antretung[341]).

Ist bis zur Einantwortung der Erbe noch nicht Subjekt des Nachlasses, so erhebt sich die Frage, als was der Nachlaß in der Zwischenzeit angesehen werden soll. Feststeht, daß eine hereditas jacens angenommen werden muß. Es herrscht lediglich Streit über ihre rechtliche Konstruktion. Dies ist nicht verwunderlich; denn schon im römischen Recht, das in dieser Hinsicht für das österreichische Recht vorwiegend als Vorbild und Vergleichsschema herangezogen wird, war keine Einhelligkeit vorhanden. Die römischen Gesetzesstellen selbst lassen die verschiedensten Konstruktionen zu[342]).

---

[338]) *Linack*, S. 3 ff.

[339]) Vgl. §§ 2101, 2105, wo einfach bei Fehlen einer anfallsberechtigten Person im Zeitpunkt des Erbfalls eine Vorerbschaft angenommen wird.

[340]) *P. Meyer*, S. 78; *Enneccerus-Kipp*, § 1 Anm. 38; *Binder*, Erbr. S. 12, Rechtsst. I S. 69, 177; *E. Jung*, S. 1101; *Linack*, S. 9; *Boehmer*, Erbf. und Erbenh., S. 20; *Hellwig*, Lehrb. d. dt. Zivilprozeßr. I S. 296.

[341]) Die oben (S. 39) gleichfalls erwähnte Meinung, welche für d. österr. Recht den „Anfallserwerb" behauptet, leugnet konsequenterweise auch die Existenz einer hered. jac. (*Wolff*, S. 289).

[342]) Vgl. die ausführliche Übersicht bei *Steinlechner*, I S. 7–12.

Als bedeutsam gilt der Erklärungsversuch, den *Steinlechner* in seinem zweibändigen Werk „Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge" niedergelegt hat. Er nimmt seinen Ausgang von dem Gedanken der Unmittelbarkeit der Erbfolge und faßt das Erbvermögen seiner Bestimmung entsprechend als ein auf die Person seines künftigen Subjekts (des Erben) gestelltes Vermögen auf.

Nach ihm[343]) ist die ruhende Erbschaft ein Schwebeverhältnis in dem Sinne, daß das einseitige und mit dem Tode des Erblassers rechtsbeständig gewordene Setzen des Erben durch den „Antritt des Gesetzten" zur Wirksamkeit gelangt. Dem Antritt legt er die Bedeutung einer Anerkennung, Genehmigung, Ratihabition bei. Die rechtliche Lage des Nachlasses vor dem Antritt ist analog dem Zustand eines Vermögens, dessen Erwerb von der Ratihabition des Erwerbers abhängig ist, mit der die einseitige Zuwendung mit Rückwirkung wirksam wird. Die Pendenz betrifft also das Vermögenssubjekt. Pendent ist nicht die Masse, der Nachlaß, sondern das Recht einer Person an ihm, das Erbrecht. Die objektive Lage des Nachlasses selbst, den Zustand rechtlicher Gebundenheit, erklärt er[344]) als bloßen Reflex des wegen noch nicht erfolgter Genehmigung in der Schwebe befindlichen Erbrechts des Berufenen. Die Annahme einer juristischen Person lehnt er ab[345]), weil dann das Prinzip der Unmittelbarkeit der Erbfolge nicht bewahrt wäre[346]).

Wir möchten uns jedoch *Steinlechner* nicht anschließen[347]) schon deshalb, weil er entgegen der von uns befürworteten Ansicht für den Erwerb (ebenso wie im römischen Recht) die Antretung als maßgebend erachtet[348]). Für *Steinlechner* besteht das ganze Problem bloß bis zum Zeitpunkt der Antretung. Für unsere Auffassung reichen daher seine Erklärungsmittel nicht aus.

Wir halten vielmehr die hereditas jacens im österreichischen Recht für das, was wir oben (S. 92) über die hereditas jacens ausge-

---

[343]) Vgl. II S. 11–13.

[344]) S. 23, 79, 114: „Die hered. jac. stellt ein Pendenzverhältnis dar mit vorläufiger Regelung der Eigentumsfrage i. S. des bisherigen Zustands, d. h. so, wie wenn der Erblasser selbst noch leben würde."

[345]) S. 9, 86 ff.

[346]) Vgl. hierzu die Kritik über Steinlechners Buch von Hugo *Krüger* (Grh. Z. 26, 452); *Wroblewski*, S. 366.

[347]) Dagegen auch *Semeka*, Grh. Z. 36, 639, aber mit anderen Gründen.

[348]) *Steinlechner*, I S. 433; bezeichnenderweise folgt seiner Auffassung v. *Anders* (S. 8), der ja ebenfalls Anhänger der Lehre ist, daß der Antritt den Erwerb bewirke.

sagt hatten: Sie ist ein transitorisches Zweckvermögen (Erhaltungszweck!), das noch nicht dem Erben gehört.

Ob man sie als „juristische Person" bezeichnen will oder nicht, ist Geschmackssache und lediglich eine Frage der Terminologie[349]). Steht man auf dem Standpunkt, daß ohne das Vorhandensein eines „Rechtssubjekts" auch keine Juristische Person möglich sein könnte, dann nennt man die hereditas jacens eben nicht Juristische Person. Glaubt man, daß bei den Juristischen Personen ein „Subjekt" nicht gefordert zu werden braucht[350]), dann bestehen keine Bedenken, die hereditas jacens ihnen zuzurechnen.

Die Einwendung, die vielfach gemacht wird[351]), daß bei der Annahme einer Juristischen Person oder eines Zweckvermögens der Erbe gar nicht mehr unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers wäre, sondern der Erblasser von seinem Nachlasse und erst dieser vom Erben beerbt würde, m. a. W., daß die Kontinuität der Sukzession geopfert werden müsse[352]), ist als nicht durchschlagend anzusehen[353]). Wir hatten ja kein selbständiges „Subjekt" zwischen Erblasser und Erben eingeschoben, sondern ein „subjektloses Zweckvermögen" bzw. eine „Juristische Person", die aber nicht Rechtssubjektsqualität besitzt. Die ruhende Erbschaft vermittelt lediglich das Substrat der Nachfolge, nicht die Sukzession selbst: sie vermittelt den Übergang des Erbvermögens, bildet aber "kein selbständiges Glied in der Kette der Nachfolge"[354]). Der Erbe folgt, wann immer er die Erbfolge antritt, dem Erblasser, nicht etwa der Erbschaft nach. Er folgt lediglich in die Erbschaft nach. Wie bei einem Interregnum schließt sich die Herrschaft des Erben über das hinterlassene Vermögen an die Herrschaft des Erblassers an.

Die Frage, wem das Nachlaßvermögen inzwischen gehört, ist eine müßige „Spitzfindigkeit"[355]) ohne praktisches Interesse. Mit Recht weist *Ehrenzweig* (a. a. O.) darauf hin, daß eben im Wesen eines

---

[349]) S. *Leinweber*, S. 27; *Krasnop.*, S. 33; *Unger*, § 7 Anm. 5 a. E., Anm. 7, 10, 13.

[350]) S. oben S. 93.

[351]) *Pfaff-Hofm.*, II S. 33 und die dort Zitierten; *Steinlechner*, II S. 107 f.

[352]) *Krüger* (Grh. Z. 26, 452 f.) ist der Meinung, daß das Prinzip der Unmittelbarkeit der Erbfolge tatsächlich überhaupt nicht nachweisbar sei. Es sei bloß eine Fiktion. Es werde damit nicht gesagt, wer Erbe wird nach dem Tode, sondern nur, daß von dem, der Erbe wird, ohne weiteres und ohne Rücksicht auf die Zwischenzeit der hered. jac. angenommen wird, daß er unmittelbar dem Erblasser sukzediert.

[353]) So auch *Wroblewski*, S. 366; *Krüger*, a. a. O.

[354]) *Pfaff-Hofm.*, II S. 43.

[355]) So *Ehrenz*, § 481 II.

Übergangszustandes zwischen zwei Zuständen X und Y liege, daß er in der Zwischenzeit weder X noch Y sei. Ist der Übergang einmal vollzogen, so kommt die Zwischenzeit regelmäßig nicht mehr in Betracht.

Aus den angegebenen Gründen haben wir es auch nicht nötig, die von einigen[356]) zur Aufrechterhaltung der Unmittelbarkeit für erforderlich gehaltene Rückziehung des Erwerbs auf den Zeitpunkt des Anfalls mitzumachen. Das Gesetz weiß nichts von einer Fiktion[357]), die dahin geht, den Erbschaftserwerb zwar erst mit der Einantwortung eintreten zu lassen, ihn aber dann auf den Zeitpunkt des Anfalls zurückzubeziehen, so daß der Erbe, wenn ihm die Erbschaft eingeantwortet ist, schon vom Augenblick des Anfalls an als Träger der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers zu betrachten wäre.

Die ruhende Erbschaft ist aller ökonomischen und rechtlichen Entwicklungen fähig, welche überhaupt bei einem Vermögen aus sich heraus ohne vermittelnde Tätigkeit seines Subjekts stattfinden können. Vom Erwerb solcher Rechte, die zu ihrer Existenz ein physisches Subjekt erheischen (z. B. Personalservituten) oder für deren Erwerb eine solche Tätigkeit einer physischen Person verlangt wird, die nicht durch beliebige Vertretung ersetzt werden kann, ist sie ausgeschlossen. Darüber hinaus wird, sofern eine Stellvertretung im Willen überhaupt möglich ist, eine solche auch immer für die hereditas jacens zugelassen[358]). Bei der Frage nach den für den Rechtserwerb oder -verlust des ruhenden Nachlasses entscheidenden persönlichen Voraussetzungen (wie Wissen oder Nichtwissen, Redlichkeit oder Unredlichkeit, Irrtum u. dgl.) soll auf die Person des Erblassers gesehen werden (§ 547)[359])[360]). Dies gilt sicher,

---

[356]) *L.* 54, D. de A. v. H. 29, *2*: Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur. So *Krainz,* II S. 522; *Steinlechner,* I S. 66 f. und S. 100 ff., letzterer aber mit der Einschränkung: Soweit der Erbe oder die Erbschaft allein in Frage kommt, ist die Rückwirkung anzunehmen, nicht aber, soweit Dritte in der Zwischenzeit mit der Erbschaft in Berührung gekommen sind. Hier soll aus Verkehrsrücksichten die Rechtslage der hered. jac. ruhig als weiterbestehend angesehen werden. (Bd. II S. 280 ff.) So auch *v. Anders,* S. 47; *Krüger,* Grh. Z. 26, 453 f.; *Klang,* § 547 III (S. 83); *Stubenrauch,* I S. 753 Anm. 2.

[357]) So *Ehrenz,* § 481 III; *Semeka,* Grh. Z. 36, 625; *Pfaff-Hofm.,* II S. 43; *Touaillon,* Zentr.Bl. 28, 111, 112; *Unger,* § 6 Anm. 4.

[358]) *Klang,* § 547 II 2 a.

[359]) „Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde." Vgl. oben S. 40 Anm. 93.

Hereditas personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti. (§ 2 Inst. de hered. inst. 2, 14.)

[360]) Vgl. dazu für das deutsche Recht die Untersuchungen *G. Boehmers* in RG Prax. III S. 268–289 und *Staud.,* V S. 275–277.

wenn die erwähnten rechtserheblichen Bewußtseinstatsachen noch in der Person des Erblassers gegeben waren. Wenn dagegen der rechtsgeschäftliche Tatbestand nicht vom Erblsaser selbst, sondern von einer für den ruhenden Nachlaß handelnden Person gesetzt wurde, so soll[361]) die Frage, ob diese Person als Vertreter des Erblassers oder als Vertreter des künftigen Erben anzusehen ist, verschieden beantwortet werden, je nach dem Zweck des Einschreitens, und hiernach soll auch entschieden werden, ob und inwiefern in der Person des künftigen Erben gelegene Verhältnisse auf die Rechtswirkungen der vom Vertreter vorgenommenen Handlungen von Einfluß sein können. Dabei ist der im BGB, § 166 I ausgesprochene, aber auch im österreichischen Recht geltende Satz[362]) zu beachten, daß, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kömmt.

VII. Der Erbschaftsanspruch; hereditatis petitio.

Endlich sei noch auf ein Institut eingegangen, das dem Namen nach wiederum in beiden Rechten vorkommt[363]), aber entsprechend der Unterschiedlichkeit des Gesamtsystems eine verschiedene Bedeutung hat. Es handelt sich um die sogenannte hereditatis petitio. Bei der Behandlung des österreichischen Rechts sind wir der hereditatis petitio als „Erbschaftsklage"[364]) bereits verschiedentlich[365]) begegnet, und zwar erwähnten wir sie im Rahmen des Problems „Erbschaftserwerb" als eine besondere Möglichkeit des Erbschaftserwerbs (Erwerb ohne gerichtliche Einweisung (oben S. 35)[366]).

---

[361]) Nach *Klang*, § 547 II 2 b.

[362]) *Klang*, a. a. O.

[363]) § 2018 DBGB; § 823 ABGB.

[364]) Das DBGB ersetzte den gemeinrechtlichen Begriff actio durch den Ausdruck „Anspruch"; daher nicht „Erbschaftsklage", wie noch im ABGB (Überschrift zu § 823), sondern „Erbschaftsanspruch" (Überschrift zu §§ 2018 ff.). (Vgl. *Binder*, Erbr. S. 92; *Klang*, § 823 Anm. 4.) Die Terminologie „Erbschaftsklage" darf nicht zu der Annahme verleiten, daß dem Anspruch nicht auch freiwillig entsprochen werden könnte (s. oben S. 35 Anm. 73).

[365]) S. oben S. 34/35, 56/57.

[366]) § 823 ABGB lautet: „Auch nach erhaltener Einantwortung kann der Besitznehmer von jenem, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, auf Abtretung oder Teilung der Erbschaft belangt werden. Das Eigentum einzelner Erbschaftsstücke wird nicht mit der Erbschafts-, sondern der Eigentumsklage verfolgt.

Ganz anders ist die Funktion des „Erbschaftsanspruchs" nach deutschem Recht[367])[368]). Hier dient er nicht zur Verwirklichung des Erbschaftserwerbes. Die Erbschaft hat der Erbe ja bereits ipso iure, ohne jegliches Zutun seinerseits rechtlich erlangt. Der Erbschaftsanspruch ist lediglich gegen einen Nichterben, der auf Grund eines vermeintlichen Erbrechts dem Erben Nachlaßgegenstände vorenthält, gerichtet und geht auf Herausgabe des Erlangten.

Abgesehen von dieser systematischen und wesensmäßigen Verschiedenheit erscheinen uns noch folgende Besonderheiten und Abweichungen wissenswert:

Einer der Hauptzwecke der gerichtlichen Nachlaßbehandlung ist die Vermeidung von Prozessen um die Erbschaft[369]). Dieser Zweck wird durch die Ermittlung des Erben im Nachlaßverfahren und die Kontrolle der Nachlaßverwaltung während des Abhandlungsverfahrens erreicht. Erbschaftsprozesse sind tatsächlich in Österreich sehr selten[370]). Daß im Geltungsbereich des deutschen BGB, welches keine obrigkeitliche, gerichtliche Einmischung beim Nachlaßerwerb vorsieht, die Erbschaftsklage ebenfalls praktisch wenig vorkommt, ist ein wesentliches Argument gegen das ganze umständliche System der staatlichen Anteilnahme.

Für das deutsche Recht war es sehr bestritten, ob überhaupt ein Bedürfnis für einen solchen besonderen Gesamtanspruch[371]) des Erben vorhanden sei, oder ob nicht die dem Erben in seiner Eigenschaft als Inhaber der Verlassenschaftsrechte, seiner Eigentümerstellung also, zustehenden Einzelklagen zu seinem Schutz ausreichten[372]). Nur eine sehr knappe Mehrheit in der Gesetzgebungskommission entschied

---

[367]) § 2018 DBGB lautet: „Der Erbe kann von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), die Herausgabe des Erlangten verlangen."

[368]) Eine der österr. Erbschaftsklage ähnliche Funktion hat der Anspruch gem. *§ 2362 BGB* insofern, als er eine Legitimationswirkung entkräften soll. Der wirkliche Erbe kann von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen. Mit der Rückgabe wird der Erbschein ohne weiteres kraftlos (bestr.); *Planck*, § 2362, 1.

[369]) S. u. „Kritik und rechtspolitischer Ausblick", S. 128 Anm. 471.

[370]) *Klang*, § 823 II 1; *Chorinsky*, S. 19; *Harras.*, S. 70.

[371]) Zu dem Meinungsstreit über das Wesen dieses Anspruchs vgl. *Fr. Leonhard* (§ 2018 I B) und die dort Zitierten; ferner *Boehmer-Staudinger*, § 1922 N. 137, 140, 145; *Jung*, S. 1158; *Planck-Flad*, § 2018, Vbm. II 4; *Binder*, Rechtsstell. I S. 435 ff.

[372]) S. Mot. V, S. 576 f.

sich für die Schaffung eines besonderen Erbschaftsanspruches[373] [374]).

Ein solcher Streit um die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit eines Gesamtanspruchs auf Erbschaftsherausgabe ist im österreichischen Recht aus dem Grunde gegenstandslos, weil sich die „Erbschaftsklage" nicht in der Bedeutung eines Herausgabeanspruchs erschöpft, sondern darüber hinaus erst noch die Erbeneigenschaft klären soll[375]). Während beim Erbschaftserwerb ohne gerichtliche Einweisung der Erbschaftsanspruch als Anspruch des nichtbesitzenden Erben[376]) gegen den besitzenden Nichterben auf Herausgabe der Erbschaft bezeichnet werden kann, ist er im österreichischen Recht der Anspruch des nicht eingewiesenen Erben gegen den eingewiesenen Nichterben[377]) auf Unwirksamkeitserklärung der Einantwortung und auf Ausfolgung der Erbschaft[378]). Die Entkräftung der in der Einantwortung liegenden Legitimationswirkung[379]) kann durch die Summe der Einzelansprüche auf Herausgabe nicht ersetzt werden.

Im § 823 heißt es, daß der Erbschaftsbesitzer *„auch nach* erhaltener Einantwortung" vom Erben auf Abtretung der Erbschaft belangt werden kann. Daraus darf man jedoch nicht schließen, daß auch schon vor Einantwortung ein „Erbschaftsanspruch" bestehe. Das Wort „auch" besagt hier nur, daß die Einantwortung den Besitznehmer nicht gegen die Pflicht zur Herausgabe an den später

---

[373]) Prot. V, S. 701.

[374]) Im preußischen ALR und im Code civil sind keine ausdrücklichen Vorschriften über einen Erbschaftsanspruch enthalten. Dennoch wurde in beiden Rechtsordnungen von Theorie und Praxis die hered. petitio angenommen (*Dernburg*, Preuß. Privatr. III § 230; *Zach.-Crome*, IV § 626).

[375]) Das deutsche Recht hat das Feststellungsmoment der gemeinrechtlichen Erbschaftsklage ausgeschieden und der Feststellungsklage der ZPO (§ 256) überwiesen. Siehe *E. Jung*, S. 1158; *Strohal*, II S. 377; *Planck-Flad*, Vbm. zu § 2018 II 4 b.

[376]) Ein Teilerbe hat in Österreich den Anspruch nur für seinen Anteil, in Deutschland dagegen hat er Anspruch auf Herausgabe an alle Erben oder auf Hinterlegung für alle (in Analogie zu § 2039; direkt trifft diese Bestimmung ja nur zum Nachlasse gehörige Ansprüche). Rvgl.Hwb. III, 123; *Planck-Flad*, 2018, 1 a. Die Erbschaftsklage kann nach österr. Recht auch der Erbschaftskäufer erheben (*Ehrenz*, § 535). In Deutschland steht sie dem Erbteilskäufer" zu, der sie, wie alle Rechte des Veräußerers nach § 2033 erwirbt; dem „Erbschaftskäufer" nur, wenn sie ihm von dem Erben gem. § 2374 besonders abgetreten ist (s. S. 109); *Planck-Flad*, 2018, 1 a; *Ennecc.-Kipp*, § 66 II.

[377]) Näheres darüber s. u. S. 106.

[378]) *Touaillon*, Zentr.Bl. 31, S. 973, 980; *Krainz*, II S. 670.

[379]) *Klang*, § 819 III c; *Stubenrauch*, I S. 1011.

auftretenden wahren Erben schützt, daß also „selbst gegen den eingewiesenen" Erben die Klage zulässig ist[380]). Vor der Einantwortung stehen einem (mit der Nachlaßverwaltung betrauten [§ 810]) Erben gegen den Besitzer von Erbschaftsgegenständen ohne Rücksicht auf den Grund seiner Herausgabeweigerung nur Einzelansprüche zu. Der Besitznehmer, der sich auf eigenes Erbrecht beruft, wird mit dieser Einwendung nicht gehört, wenn er die Abgabe einer Erbserklärung unterlassen hat. Wird ein Erbprätendent, der eine Erbserklärung abgegeben hat, auf Herausgabe belangt, so ist der Einzelstreit, wenn der „Erbrechtsstreit" schon anhängig ist, bis zu dessen Erledigung zu unterbrechen (§ 190 ZPO; *Klang*, § 823 II 1; *Pollak*, S. 443).

Hiermit hängt die Frage zusammen, ob im österreichischen Recht, ebenso wie im deutschen Recht[381]) die Klage nur zulässig ist gegen jemand, der auf Grund eines angemaßten Erbrechts (possessor pro herede) besitzt, oder überhaupt gegen jeden, der Erbschaftssachen aus irgendeinem Grunde in Besitz hat (possessor pro possessore).

Man könnte einfach meinen, daß ein solcher Streit sich ja schon deshalb erledige, weil die Einantwortung Voraussetzung für die Erbschaftsklage sei und also daraus, daß sich der Besitznehmer habe einweisen lassen, hervorgehe, daß er pro herede unter Behauptung eines Erbrechts aufgetreten sei. Aber da die Frage, ob die Einantwortung an den Beklagten Voraussetzung der Klage sei, nicht unbestritten ist[382]), bestehen auch über die vorliegende Frage Meinungsverschiedenheiten[383]). Man wird sich unter Berücksichtigung der für

---

[380]) S. oben S. 30; so *Ehrenz*, § 535 I; *Mayr*, II S. 317; *v. Anders*, S. 65; *Klang*, § 823 II 1, bestr. von *Krasnop.*, S. 329.

[381]) Gründe dafür s. Prot. V S. 706. Ob die Ausscheidung des Anspruchs gegen den poss. pro poss. ratsam war, wird bestritten. Die Vorschriften über Unerlaubte Handlungen und Vererblichkeit des Besitzes vermögen den Mangel nicht völlig auszugleichen. (*Binder*, Erbr. S. 93; *Leonhard*, § 2018 II B 1 g.)

[382]) S. unten S. 106 ff.

[383]) Für die Beschränkung auf den poss. pro herede (h. M.) *Krainz*, S. 669; *Mayr*, II S. 318; *Krasnop.*, S. 329 Anm. 3; *Stubenrauch*, I, S. 1012 N. 2; *Klang*, § 823 II.

Für die Ausdehnung auf den poss. pro poss.: *Touaillon*, Zentr.Bl. Bd. 28, 107; Bd. 31, 978; *v. Anders*, S. 66; *Unger*, § 50 (S. 229). Die beiden letzten unterscheiden von den zwei Möglichkeiten des Besitzes pro herede und pro poss. noch die Fälle der bloßen Leugnung der Erbeneigenschaft des Klägers, der Zugehörigkeit eines Objekts zur Erbschaft, oder des Bestandes der behaupteten Erbschaftsforderung. Unter possessio pro poss. fassen sie nur das Besitzen ohne Angabe eines Rechtsgrundes auf und lassen hier die Erbschaftsklage zu. Diese subtile Unterscheidung erscheint mir nicht überzeugend (vgl. auch *Touaillon*, Z.Bl. 28, 108).

das österreichische Recht bestehenden Besonderheit der obrigkeitlichen Einweisung dafür zu entscheiden haben, daß die Erbschaftsklage nur gegen einen possessor pro herede statthaft ist. Die Vertreter, die sie auch gegen den poss. pro possessore für zulässig halten, sind, wie wir bereits oben bei der Frage des Erbschaftserwerbs (S. 87, 88) hervorgehoben haben, stark von römisch-rechtlichen Vorstellungen beeindruckt.

Mit jener strittigen Frage zusammenhängend, aber nicht identisch ist ferner der Streit darüber, ob das oben Gesagte (S. 104) zutrifft, daß der Erbschaftsanspruch nur der Anspruch des wahren Erben gegen den eingewiesenen Erben sei, oder ob der Erbschaftsanspruch auch dem eingewiesenen Erben gegen den nicht eingewiesenen Erbschaftsbesitzer zusteht. Man könnte durchaus den Standpunkt vertreten, daß die Klage zwar nicht gegen den possessor pro possessore, aber gegen einen anderen nicht eingewiesenen Besitznehmer gerichtet werden kann, der sich ein Erbrecht anmaßt[384]). Was uns jetzt interessiert, ob nämlich die Einantwortung an den Beklagten Voraussetzung der Erbschaftsklage ist[385]), ist also eine besondere und von der obigen getrennt zu haltende Frage. Die noch überwiegende Stellungnahme hierzu geht in der Tat dahin, daß der Beklagte bei der Erbschaftsklage einfach der Besitzer der Erbschaft sei, d. h. nicht nur derjenige, der die ganze Erbschaft oder einen Teil derselben vermöge der Einantwortung „besitzt", sondern auch derjenige, welcher einzelne in die Erbschaft gehörige Sachen oder Rechte ganz allgemein unter Anmaßung des Erbrechts (nicht jure singulari) besitzt[386]). Es komme nicht auf das Objekt des Besitzes, sondern lediglich auf den Titel desselben an, also darauf, ob der Besitzer die einzelne Erbschaftssache titulo universali oder

---

[384]) So *Krasnop.*, S. 329.

[385]) S. die hier bezüglichen Ausführungen über das alte deutsche Recht bei *Schwerin*, S. 299.

[386]) So *Krasnop.*, S. 331; v. *Anders*, S. 66; *Unger*, § 50 Anm. 12; *Touaillon*, Zentr.Bl. Bd. 28, 108, 386; Bd. 31, 980 (ausführlich!)

Unger (§ 50 S. 229) geht sogar so weit zu sagen, daß auch einem Nichteingeantworteten gegen andere gleichfalls nicht eingeantwortete Personen die Erbschaftsklage zusteht (dies wird von *Touaillon*, 31, 980 abgelehnt).

Wie sollte hier der evtl. eingewiesene Dritte seine anerkannte Erbenstellung durch einen Prozeß zweier Außenstehender verlieren? Ein nicht eingewiesener Erbe hat m. E. vielmehr in diesem Fall zunächst die Erbschaftsklage gegen den Eingewiesenen anzustrengen, und nach seinem Sieg kann er gegen den Dritten vorgehen, der die Sachen in tatsächlichem Besitz hat. Vgl. u. Anm. 392.

titulo singulari für sich in Anspruch nimmt. Der scheinbar entgegenstehende § 823 hebe nur deswegen die Zulässigkeit der Erbschaftsklage auch gegen den Eingeantworteten speziell hervor, weil man mit Rücksicht auf die zu seinen Gunsten ausgefallene Entscheidung im Abhandlungsverfahren geneigt sein könnte zu glauben, daß ihm das Erbrecht überhaupt nicht mehr mit Erfolg streitig gemacht werden könnte.

Was ist von diesem Standpunkt zu halten?[387]) *Touaillon* (31, 979) weist gegenüber den Angreifern dieser Auffassung darauf hin, daß sonst der Eingeantwortete gegen den nicht eingeantworteten Besitzer der Erbschaft entweder nur mit Einzelklagen vorgehen könnte, oder daß man ihn als berechtigt anerkennen müßte, auf Grund der Einantwortung die Exekution auf Herausgabe gegen den Dritten führen zu dürfen; was beides nicht haltbar wäre.

Unseres Erachtens ist zu dieser Frage im allgemeinen und zu Touaillons Einwand im besonderen folgendes zu sagen:

1. Es muß der Unterschied des römisch-rechtlichen Erbschaftserwerbs von dem des österreichischen Rechts beachtet und vor allem die Bedeutung der Einantwortung nicht verkannt werden. Das römische und gemeine Recht kannte keinen mit Legitimationswirkung ausgestatteten gerichtlichen Einweisungsakt; wenn der Besitzer von Erbschaftssachen behauptete, selbst Erbe zu sein, so mußte der klagende Erbprätendent im Sinne der allgemeinen Beweislastregeln sein Erbrecht beweisen. Wenn aber nach österreichischem Recht die bloße Behauptung des Besitzers von Erbschaftssachen, er sei der wahre Erbe, den eingewiesenen Erben nötigen sollte, sein Erbrecht im Prozesse zu erweisen (d. h. die Erbschaftsklage gegen ihn anzustrengen), so wäre dies mit der Legitimationswirkung der Einantwortung nicht vereinbar. Dem eingewiesenen Erben gegenüber wird der Besitzer von Erbschaftssachen mit der bloßen Behauptung, er sei der wahre Erbe, einfach gar nicht gehört[388]); nur wenn er diese Behauptung mit dem Begehren auf gerichtliche Feststellung seines Erbrechts verbindet, erweitert sich der Streit um die Herausgabe der Erbschaftsgegenstände zum „Erbschaftsstreit". Aber nicht der eingewiesene Erbe strengt in diesem Fall die Erbschaftsklage wider den Besitzer von Erbschaftssachen an, sondern dieser erhebt — mit Einrede — den Erbschaftsanspruch wider den eingewiesenen Erben.

2. Wird die Erbschaftsklage gegen den eingeantworteten Erben eingebracht, so richtet sie sich gleichzeitig gegen die Einantwortung

[387]) Er wird nicht geteilt von: *Mayr*, II S. 318; *Stubenrauch*, I S. 1012; *Ehrenz*, § 535 (S. 578); *Klang*, § 823 (S. 842); *Krainz*, II S. 669.

[388]) So m. R. *Klang*, a. a. O.

selbst[389]). Siegt der Kläger, so muß das Urteil die Wirkung der Einantwortung zerstören. Es muß aber zugleich auch selbst jene Legitimationswirkungen haben, welche früher der Einantwortung zugekommen sind[390]), d. h. es muß weiter wirken als ein gewöhnliches Urteil, das nur inter partes wirkt[391]). Wie wäre dies alles, wenn der Eingeantwortete die Erbschaftsklage gegen einen nicht eingeantworteten Besitznehmer erhebt und in dem Prozeß unterliegt?

Man kann nicht sagen: wie das siegreiche Urteil, welches der Erbschaftskläger gegen den Eingeantworteten erlangt, die Einantwortung zerstört, so müsse auch hier das Unterliegen des Eingeantworteten die Einantwortung zerstören mit Wirkung auch gegen Dritte, denn in beiden Fällen werde ja urteilsmäßig festgestellt, daß der Eingeantwortete nicht Erbe sei. Man müßte nämlich folgendermaßen weiter schließen: Die Position des Eingeantworteten ist zwar zerstört; allein es ist niemand vorhanden, der an die Stelle des Eingeantworteten treten kann, da das abweisende Urteil nicht zugleich auch besagt, daß der Beklagte Erbe sei. Es fehlt einstweilen an einer allgemein wirksamen Kognition des Erben. Und es wäre höchstens eine zweite Verlassenschaftsabhandlung erforderlich, was nicht im Geist der österreichischen Gesetzgebung liegen würde. (§§ 17, 180 VaSt) (siehe oben S. 35). Man sieht, die Zulassung der Erbschaftsklage gegen einen Nichteingeantworteten läßt Schwierigkeiten entstehen, die darauf zurückzuführen sind, daß man die Einantwortung in ihrer Bedeutung für den Erbschaftserwerb verkennt.

3. Daß der nicht eingewiesene Besitzer nur die Erbschaftsklage erheben, nicht aber mit ihr belangt werden kann, soll sich nach *Klang* (§ 823, S. 842) ferner noch daraus ergeben, daß auf ihn die Bestimmungen über den Einfluß des redlichen und unredlichen Besitzes (§ 824) keine Anwendung finden könnten, da der nicht eingewiesene Besitzer von Erbschaftssachen immer unredlicher Besitzer sei (?). Das Ansichnehmen oder Behalten von Erbschaftsgegenständen verstoße gegen den in § 797 ausgesprochenen Grundsatz, daß niemand

---

[389]) Der Erbschaftsanspruch umfaßt den Anspruch auf Feststellung eigenen Erbrechts und den Anspruch auf Herstellung des diesem Erbrecht entsprechenden tatsächlichen und rechtlichen Zustandes. Gegenstand der Feststellung ist das wirkliche nicht das relativ bessere Erbrecht (wie im Erbrechtsstreit). S. dazu *Touaillon*, 28, 101. Das schließt aber nicht aus, daß der Sieger im Erbschaftsprozeß nicht der wahre Erbe ist. Es kann durchaus ein Dritter, der glaubt der wahre Erbe zu sein, die Erbschaftsklage gegen den Sieger im ersten Erbschaftsprozeß anstrengen (*Touaillon*, 31, 975).

[390]) Vgl. oben S. 56.

[391]) *Touaillon*, Zentr.Bl. 31, 973.

eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen dürfe; da aber in § 824 (der von der Wirkung der Erbschaftsklage handelt) die Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Erbschaftsbesitz gemacht werde, könne sich diese Bestimmung und damit die Erbschaftsklage überhaupt nur auf einen Erben beziehen, dem die Erbschaft eingeantwortet wurde.

Wir möchten uns also zu der Auffassung bekennen, daß für die Erbschaftsklage die Einantwortung an den Beklagten Voraussetzung ist[392]).

In der Tat erscheint sie auch angesichts des Wortlauts des § 823 jedem Unbefangenen als die nächstliegende.

Sowohl im deutschen wie im österreichischen Recht ist der Erbschaftsanspruch Gegenstand der Abtretung[393]). Anders als im deutschen Recht soll aber im österreichischen Recht eine Pfändung des Anspruchs als solchen nicht statthaft sein[394]).

Bestritten ist, ob im österreichischen Recht ebenso wie im deutschen (§ 2019) auch der Grundsatz der dinglichen Surrogation gilt[395]).

Der in den §§ 823, 824 ABGB geregelte Erbschaftsanspruch ist auf den Erbschaftserwerb durch Einantwortung abgestellt. Nun kann aber, wie wir oben (S. 28, 34) erwähnt haben, der Nachlaß unter Umständen auch ohne Nachlaßabhandlung und ohne Ein-

---

Für das deutsche Recht s. die abweichenden Ausführungen in Motive V, S. 595 ff.; *Planck-Flad,* Vbm. zu § 2018 II 4 b; *Hellwig,* Syst. d. Zivilpr. I, S. 795, Anspr. u. Klagr. S. 55, 411 ff.

Die Entscheidung üb. d. Herausgabeanspruch erwächst nur in Rechtskraft inter partes (h. M.).

[392]) Aus dem Umstand, daß die Erbschaftsklage hauptsächlich die Entkräftung der Einantwortungswirkungen bezweckt, haben manche sogar den Schluß gezogen (*Touaillon,* 31, 981; *Stubenrauch,* S. 1012 N. 3), daß es überhaupt nicht nötig sei, daß eine einzige Sache sich noch in den Händen des Eingeantworteten wirklich befinde. Vgl. S. 165 Anm. 1.

[393]) *Boehmer-Staudinger,* § 1922 N. 146; *Klang,* § 823 II 5. Hier tritt der interessante Fall ein, daß im prakt. Erfolge ein Gesamtnachlaß mit dinglicher Wirkung uno actu unter Lebenden erworben wird.

[394]) *Klang,* a. a. O. hält die analoge Anwendung des Hofdekretes v. 3. 6. 1846, welches die Verpfändung des „Erbrechts" untersagt, für angebracht. Vgl. *Ehrenz,* § 512 I.

[395]) Dafür *Stubenrauch,* I S. 1013; dagegen *Ehrenz,* § 535 Anm. 2.

antwortung erworben werden (§ 72 VaSt: bei Geringfügigkeit des Nachlasses). Hier fehlt es an einem mit Legitimationswirkung ausgestatteten Erwerbsakt. „Für den Erbschaftsanspruch, dessen wesentliches Ziel die Beseitigung der Legitimationswirkung des Erwerbsaktes ist, ist mithin kein Platz. Der Erbe kann von dem Besitzer von Nachlaßgegenständen deren Ausfolgung begehren; einen Erbschaftsanspruch im technischen Sinn macht er damit nicht geltend[396])."

[396]) So *Klang*, § 823 V.

D. Kritik und Ausblick.

(Rechtspolitischer Teil.)

I. Das BGB.

1. Die grundsätzliche Lösung.

Da die Arbeit im Hinblick auf die künftige Rechtsangleichung geschrieben ist, kann sie sich nicht in einer bloßen Darstellung erschöpfen. Als rechtsvergleichender Beitrag muß sie auch eine bewertende Beurteilung bringen; und in der gegenwärtigen Zeit des Umbaues unseres gesamten Rechtes ergibt es sich, daß eine kritische Stellungnahme regelmäßig zugleich den Charakter einer rechtspolitischen Betrachtung, eines Ausblickes auf eine zu erwartende Reform, annimmt. Aus diesen Überlegungen heraus haben wir „Kritik und rechtspolitischen Ausblick" in einem Abschnitt zusammengefaßt. Wir wollen nicht an die beiden Rechtsordnungen mit einer rechtspolitischen Stellungnahme vom allgemeinrechtlichen Standpunkt ohne Beziehung zu einer konkreten Situation herantreten, sondern wir wollen uns bei der Kritik lediglich von der Frage leiten lassen: Was wird bei der kommenden Rechtsangleichung bzw. -erneuerung von den beiden Rechten Bestand haben und was nicht?

Es versteht sich, daß wir uns hierbei nur auf die in der Arbeit untersuchte Frage des „Erbschaftserwerbes" beschränken. Wir müssen es uns versagen, eine Gesamtwertung des ABGB gegenüber dem BGB zu versuchen[397]). Noch nicht einmal die Erbrechte innerhalb der beiden Gesetzbücher können wir einer vergleichenden Würdigung unterziehen. Was uns nach der vorliegenden Abhandlung interessiert und auf Grund der geleisteten Vorarbeit möglich ist, ist eine Kritik über die Regelung der speziellen Frage des „Erbschaftserwerbes".

---

[397]) Ein solcher Versuch hätte eine viel umfassendere Grundlegung zur Voraussetzung, als wir sie mit der Erörterung unserer Einzelfrage besitzen. Eine Gesamtwertung würde hinsichtlich des ABGB sicher auch ein anderes Ergebnis bringen, als wir es auf Grund der Beurteilung der vorliegenden speziellen Frage erhalten.

Wertvolle Beiträge über die Bedeutung und den Geist des ABGB s. in der „Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB", 1911, Bd. I und II.

Bei der Prüfung der Frage, was an dem deutschen Erbrecht angreifbar und reformbedürftig sei, stellen wir fest, daß es sich durchweg um andere Punkte handelt, die in den zahlreichen Verbesserungsvorschlägen[398]) herausgegriffen werden. In Betracht kommt hier vor allem die Regelung der „gesetzlichen Erbfolge"[399]) und ihres Umfanges, der „Testierfreiheit", des „Testaments"[400]), der „Verfügungsfreiheit unter Lebenden", des „Pflichtteilsrechts"[401]), der „staatlichen Nachlaßbeteiligung"[402]) u. a. m. Es ist aber kaum jemals die Rede davon, daß das von unserem Gesetz angenommene System des „Erbschaftserwerbs" tadelnswert und darum änderungsbedürftig sei. Im Gegenteil, der Umstand, daß die Kritik am Erbrecht diesen Punkt mit keinem Wort berührt, zeigt, daß sich die Regelung praktisch bewährt und keinen Anlaß zu Beanstandungen gegeben hat[403]).

Es soll nicht unerwähnt bleiben, daß diese Tatsache durchaus nicht mit Sicherheit erwartet und vorausgesehen werden konnte; denn vor der Abfassung des Gesetzes herrschte lebhafter Streit darüber, ob die Einführung des „Ipso-Jure-Erwerbs" ratsam sei. Auf dem 13. Deutschen Juristentag im Jahre 1876 wurden von namhaften Juristen *(Mommsen, Jung, Randa)* Gutachten vorgelegt, die sämtlich die Aufnahme des „Anfallgrundsatzes" ablehnten und für das römischrechtliche Prinzip des „Antretungserwerbs" eintraten[404]). Insgesamt hat sich allerdings der 13. Juristentag für den Grundsatz des Anfallserwerbs ausgesprochen, trotz der drei entgegenstehenden Gutachten[405]). *Bernhöft* übt Kritik[406]), indem er behauptet, das ALR (I. 9. §§ 367–369), welches demBGB zum Vorbild gedient hat, habe sich bezüglich seiner Regelung des Erbschaftserwerbes nicht be-

---

[398]) S. *Bernhöft,* Reform d. Erbr.; v. *Blume,* Umbau u. Ausbau d. dt. Erbrechts; *Endemann,* Erbr. I S. 107 ff. Am umfassendsten *G. Boehmer* in Boehm.-Staud., S. 17–176!

[399]) *Boehmer,* „Vorschläge" in Schriften d. Akad. f. D. R. 1938; *H. Lange,* Die Ordnung d. gesetzl. Erbfolge, 1938.

[400]) *H. Lange,* Das Recht d. Testaments, 1937.

[401]) *Boehmer* in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 144, S. 32 ff.

[402]) *Boehmer-Staudinger,* § 12, N. 8; *Siber,* Haft. f. N., S. 87.

[403]) Die Regelung d. unmittelbaren Übergangs der Erbschaft bezeichnet *Endemann* (I S. 109) als gut gelungen.

[404]) S. Verhandlungen d. 13. Juristentages, S. 21 ff.; *(Mommsen),* S. 28 ff.; *(Jung),* S. 211 ff.; *(Randa).* Vgl. zu dem Problem ferner: *Binding,* Arch. f. ziv. Prax. Bd. 57, S. 402 ff.; *Krawel,* daselbst Bd. 60, S. 272 ff.; *Göring,* Jher. Jb. 15, 205. Diese sind sämtlich für den Ipso-Iure-Erwerb.

[405]) *Mugdan.* Mater. V, S. 260.

[406]) Bürg. Recht, S. 593.

währt. An dem System des BGB selbst und seinen praktischen Auswirkungen hat auch er nichts auszusetzen.

Wir sind uns darüber klar, daß die von den Gesetzesredaktoren herangezogenen Vorzüge[407]) der getroffenen Regelung gegenüber dem römischen Aditionssystem nicht überwältigend sind. Ja, es läßt sich nicht leugnen, daß bei dem römisch-rechtlichen System die gesetzgeberische Frage der Berücksichtigung des Erbenwillens ungezwungener und natürlicher gelöst ist: Wer nicht Erbe werden will, nimmt nicht an. Steht fest, daß der Wille des zur Erbfolge Berufenen beachtet werden soll, so wird es der Natur der Sache besser gerecht, wenn man, damit jemand Erbe werde, eine Erklärung dieses Willens verlangt, als wenn man ihn von Gesetzes wegen Erbe werden läßt und ihm nur die Befugnis einräumt, dies wieder zunichte zu machen[408]). Hinzukommt, daß selbst beim Anfallerwerb in vielen Fällen eine Erklärung des Erben ohnehin nicht zu umgehen ist (z. B., wenn eine Erblegitimation beschafft werden muß, wenn die gerichtliche Auseinandersetzung nötig ist u. dgl.).

Aber uns genügt die Erkenntnis, daß die im BGB zustandegekommene Lösung sich als brauchbar erwiesen hat und keine Nachteile ersichtlich geworden sind.

Es ist wohl auch nicht ganz abwegig, was die Motive sagen[409]), daß „materiell gesehen, die Erbschaft nicht anders erworben wird als beim Antretungsprinzip". Im wesentlichen ist es eine bloße Konstruktionsfrage[410]).

Eben darum haben wir keinen Anlaß, von der angenommenen Regelung abzugehen, um so weniger, als sie deutschrechtlicher Überlieferung entspricht. Und kann auch die Aufstellung des Anfallprinzips nicht mehr, wie nach älteren Rechten[411]), durch die innige Verbindung gerechtfertigt werden, die den Erblasser und die Erben zu gemeinsamem Hausstand vereinte (so daß sich die Mitherrschaft über das Familienvermögen beim Erbfall unter den „Hinterbliebenen" lediglich fortsetzte[412]), sondern ist sie in Wirklichkeit aus anderen,

[407]) Vgl. Mot. V, S. 49, 486 ff.

[408]) Vgl. *Mommsen,* Verhandlungen d. 13. deutschen Juristentages, S. 16; *Jung,* ebenda S. 25.

[409]) *Mot.* IV, 243, V, 685; *RGZ,* 54, 289.

[410]) Vlg. dazu *Steinlechner,* I 437; *Gaius,* II 37; III 87 (zitiert bei *Steinlechner,* a. a. O.).

[411]) *Endemann,* II 761; *Kräwel,* S. 274.

[412]) Da das deutsch-rechtliche" System nur für die auf „Verwandtschaft beruhende gesetzliche Erbfolge in erster Linie gerechtfertigt erscheint, hat wirklich das Züricher Gesetzbuch bei der gesetzlichen Erfsolge den deutsch-rechtlichen, bei der testamentarischen und vertraglichen Erbfolge aber den „römisch-rechtlichen" Grundsatz festgesetzt (s. *Kräwel,* S. 275).

praktischen Erwägungen geschehen, so wird doch einer nationalsozialistischen Rechtsordnung ein System doppelt willkommen sein, das germanisch-deutschen Ursprungs ist und mit dem Gedanken der Familien- und Hausgemeinschaft zwar nicht mehr erklärt[413]), aber immer noch am besten vereinbart werden kann.

2. Einzelfragen.

Die prinzipielle Regelung hat, wie gesagt, keine nennenswerte Beanstandung erfahren. Angesichts der Zielsetzung unserer Arbeit möchten wir es jedoch nicht unterlassen, auf einige untergeordnete Fragen und Teilprobleme aufmerksam zu machen, die u. E. Anlaß zur Kritik geben und die der Gesetzgeber bei seiner Neuordnung einer Überprüfung unterziehen sollte:

a) Gläubigeranfechtung einer Erbschaftsausschlagung.

Bereits auf S. 84 hatten wir festgestellt, daß in der Frage der Anfechtbarkeit einer Erbschaftsausschlagung durch die Erbengläubiger das deutsche Recht kritikbedürftig ist. Es sei hierzu noch einiges gesagt:

Der in diesem Zusammenhang viel erörterte § 517 ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Er besagt lediglich, daß die Ausschlagung keine Schenkung darstellt. Dies folgt unseres Erachtens keineswegs aus der Konstruktion des Erbschaftserwerbes. Die Vorstellung, daß der Erwerb vorher noch nicht vollständig sei und bei der Ausschlagung also die zum Tatbestand einer Schenkung erforderliche Vermögensminderung fehle, ist mit dem Grundgedanken des in unser Recht aufgenommenen „Anfallserwerbes" nicht vereinbar und ist mithin zur Erklärung des § 517 ungeeignet. Stattdessen hat man als Gründe dieses Paragraphen angesehen:

a) Die Ausschlagung stelle keine „Zuwendung" dar. Der durch die Ausschlagung gewolltermaßen oder nicht gewolltermaßen bereicherte Nächstberechtigte erhält die Erbschaft nicht auf Grund des Willens des ausschlagenden bisherigen Berechtigten, sondern kraft eigenen, gesetzlichen Rechtes[414]).

b) Es liege keine Zuwendung „aus dem Vermögen des Ausschlagenden" vor, weil kraft der Fiktion des § 1953 rückwirkend der Anfall als nicht erfolgt gilt, der Ausschlagende also nichts gehabt habe[415]) [416]).

---

[413]) S. *Mommsen*, a. a. O. S. 16.

[414]) Vgl. *Hellwig*, S. 173; *Stützel*, S. 58.

[415]) *Planck*, § 517, 1 b.

[416]) Gegen diese Auswertung der Rückwirkungsfiktion ist *Hellwig*, S. 167; *Kipp*, JW 1912 S. 12.

c) § 517 besage etwas Selbstverständliches insofern, als die bloße Ausschlagung noch keine Schenkung bedeute. Es fehle bei dem im Gesetz geregelten Falle ja noch die „Annahme“[417]). Die Klarstellung, daß es sich um keine Schenkung handele, sei sehr zu billigen, weil man sonst auf den Gedanken kommen könnte, den Nächstberechtigten den Dankbarkeitspflichten eines Beschenkten und den übrigen Folgen einer Schenkungsannahme (§§ 528 ff.) zu unterwerfen. Wenn dagegen das Erfordernis der Annahme erfüllt ist, dann könne durchaus eine Schenkung angenommen werden[418]).

Wenn nun feststeht, daß die Ausschlagung keine Schenkung ist, so kann man daraus noch nicht folgern, daß eine Gläubigeranfechtung unmöglich ist: denn in den §§ 30–32 KO, 3 Anf.-Ges. ist die Anfechtung keineswegs auf Schenkungen beschränkt. Dort ist vielmehr nur die Rede von „Rechtshandlungen“ und „unentgeltlichen Verfügungen“. Hierunter kann man die Ausschlagung ohne irgendwelche Bedenken rechnen[419]). An sich kommt es bei der Gläubigeranfechtung nur darauf an, daß eine Rechtshandlung vorliegt, die eine Vermögensminderung darstellt.

Die h. M., die eine Gläubigeranfechtung für unzulässig hält, stützt sich vielmehr auf eine andere Vorschrift. Dies ist der *§ 9 KO.* Aus der Bestimmung, daß die Ausschlagung einer vor der Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft nur dem Gemeinschuldner zusteht[420]), folgert man die höchstpersönliche Natur des Ausschlagungsrechtes, das auch nicht durch Anfechtung seitens der Gläubiger beeinträchtigt werden dürfe.

Gegen diese Konsequenz wendet sich *Hellwig*[421]). Er betont: Wenn auch die „Erbschaft“ zur Masse gehöre, so sei doch das „Entscheidungsrecht“, sich über Annahme oder Ausschlagung zu ent-

---

Über die Auffassung der in § 1953 niedergelegten Fiktion und ihre legislatorische Angemessenheit siehe im übrigen unten S. 122/123.

[417]) *Hellwig,* S. 165.

[418]) Diese Auslegung des § 517 wird von *Kipp* (S. 13) bekämpft.

[419]) Es verschlägt nichts, daß die „Ausschlagung“ keine „Verfügung“ im technischen Sinne, sondern ein Gestaltungsakt ist. Der Begriff „unentgeltliche Verfügung“ ist im untechnischen und umfassenderen Sinne zu verstehen. S. *Berger,* S. 88 ff., S. 91 A. *232; Hellwig,* S. 173.

[420]) Die österr. KO (§ 4) betont das persönliche Moment nicht so sehr. Im österr. Recht ist ja auch die Gläubigeranfechtung zulässig (s. oben S. 83). § 4 gestattet dem Masseverwalter die bedingte Antretung und überläßt dem Gemeinschuldner nur die Antretung solcher Erbschaften, die der Masseverwalter nicht antritt (Rvgl.Hwb. II 223).

[421]) a. a. O. S. 168.

scheiden, ein höchstpersönliches Recht, das nicht übertragbar[422]) und deshalb nicht pfändbar ist (vgl. §§ 851 I, 857 I, III ZPO); es gehöre also gemäß § 1 KO nicht zur Konkursmasse. Daß der Erbe trotz der Konkurseröffnung noch ausschlagen kann, würde man deshalb auch dann nicht bezweifeln können, wenn es in § 9 KO nicht ausdrücklich bestimmt wäre. Weitgehende Schlußfolgerungen aus § 9 zu ziehen, sei nicht gerechtfertigt.

Hellwig ist der Meinung, daß eine Anfechtung in analoger Anwendung des § 42 KO zuzulassen sei[423]).

Dagegen ist eingewendet worden, daß dort eine ganz andere Sachlage vorgesehen sei. In § 42 unterliegt eine nach der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlung des Gemeinschuldners der Anfechtung, wenn sie gemäß § 7 I nach den Vorschriften der §§ 892, 893 BGB den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist. Es handelt sich also um den Fall, daß es an sich dem Gemeinschuldner nicht gestattet war, nach der Konkurseröffnung noch über Rechte zu verfügen. Lediglich wegen des guten Glaubens (§§ 892, 893 BGB) wird der Erwerber geschützt. In dem § 9 KO dagegen ist dem Gemeinschuldner die Ausschlagung gestattet. Außerdem hätte der Gesetzgeber ja auch eine gleiche Vorschrift für *§ 9 KO* aufstellen können.

Diesem Einwand gegenüber würde *Hellwig* gleichwohl die Gläubigeranfechtung befürworten, indem er sich dann eben auf *§ 13 V des Anf.-Gesetzes* beruft, wonach Rechtshandlungen des Gemeinschuldners hinsichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens angefochten werden können.

Hellwig hat sich mit seiner Auffassung in der Rechtslehre nicht durchzusetzen vermocht. Die überwiegende Meinung geht noch dahin, daß angesichts der bestehenden Regelung in unserem Recht die Gläubigeranfechtung nicht möglich sei.

Was ist zu diesem Problem de lege ferenda zu sagen?

Es fehlt nicht an Stimmen, die die deutsche Regelung gutheißen und sie als billig bezeichnen. *Kipp*[424]) und *Jaeger*[425]) z. B. halten sie für rechtspolitisch gerechtfertigt. Es handele sich eben beim Erbewerden durchaus nicht nur um eine Finanzfrage. Außerdem stünde

---

[422]) *RGRKomm.*, § 1952, 1. *RG*, 101, 188

[423]) Die *§§ 29–32* gewähren ja die Anfechtung nur für Rechtshandlungen, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind. Die überwiegende Meinung hat hieraus und aus § 9 den Schluß gezogen, daß die Ausschlagung nach der Konkurseröffnung schlechthin verbindlich und unanfechtbar sei.

[424]) *Kipp*, a. a. O. S. 14.

[425]) Komment. zur KO, 6. und 7. Aufl. (1931), ad § 9 Anm. 5.

zu besorgen, „daß gewissenlose Gläubiger, wenn das Wahlrecht im Konkursfalle der Masse zusteht, die Hoffnung auf den künftigen Erbschaftserwerb in wucherischen Spekulationen ausbeuten. Wer auf Grund einer Erbaussicht Kredit gewährt, geht allemal ein Wagnis ein. Der Schuldner kann ja auch vor dem Erblasser sterben oder enterbt werden“[426]).

Andererseits spricht vieles, vielleicht Überwiegendes, gegen die jetzige Lösung und für die Zulassung der Gläubigeranfechtung im künftigen Recht[427]). Man denke z. B. an folgenden Fall:

Der sehr reiche V hat einen überschuldeten Sohn S. Nach dem Tode des V schlägt der S die Erbschaft aus und bewirkt dadurch, daß sie nun seiner (des S) Tochter T zufällt. Er nimmt sie in deren Namen an und erfreut sich nun mindestens während der ganzen Minderjährigkeit der Erbin des ererbten Vermögens[428]). Versagt das Gesetz hier den benachteiligten Gläubigern die Hilfe, so setzt es sich mit dem gesunden Rechtsempfinden gewiß in Widerspruch[429])[430]).

Daß es sich hier um eine sehr erwägenswerte Frage handelt, die der Gesetzgeber bei einer Neuregelung nicht unbeachtet lassen sollte, ergibt sich ferner aus der Tatsache, daß die meisten ausländischen Rechte den Gläubigern gegen eine Benachteiligung durch die Ausschlagung Handhaben bieten[431]).

---

[426]) Vgl. ferner *Prot.* V, 633 f.

[247]) So *Stampe*, DJZ 1905, S. 421, der übrigens schon bei der jetzigen Regelung gegen den Gesetzeswortlaut auf Grund von „Interessenabwägung“ zu einer Bejahung der Anfechtung kommen will.

[428]) Eine evtl. beschränkte Pfändbarkeit der Nutzungen ist keine hinreichende Abhilfe.

[429]) Auch *L. v. Seuffert* (LZ 6, 20), der mit der h. M. de lege lata die Gläubigeranfechtung ablehnt, gibt zu, daß sie de lege ferenda ernsthaft in Erwägung zu ziehen sei.

[430]) Der Ausweg, mit den §§ 826, 823 II zu arbeiten, steht nicht immer offen und bedeutet keine hinreichende Abhilfe. Wenn zwar der Berufene eine Kreditaufnahme auf eine künftige Erbschaft besonders gestützt hat und nun den Kreditgeber leer ausgehen läßt, dann ist die Sachlage klar. Aber solche klaren Fälle liegen häufig nicht vor.

Andererseits sollen auch die Bedenken gegen eine schlechthin zugelassene Gläubigeranfechtung nicht verkannt werden. Es kann sein, daß u. U. eine Ausschlagung zugunsten der nächstfolgenden Erben aus Pietätsgründen gerechtfertigt ist, und daß es in diesem Fall hart erscheint, wenn die Gläubiger anfechten können.

[431]) Eine ausführliche Übersicht über die zahlreichen von unserer Regelung abweichenden Rechtsordnungen s. *Rvgl.-Hwb.* II 224; *Jaeger*, KO § 9 A. 24.

So entscheiden sich außer dem österreichischen Recht der Code civil und die von ihm abhängigen Systeme, das ungarische und das schweizerische Recht (um nur einige wichtige zu nennen) anders als unser deutsches Gesetzbuch.

Nach Art. 788 Code civil[432]) können die Gläubiger des Erben, welcher ausgeschlagen hat, sofern ihre Forderungen schon vor der Ausschlagung bestanden und wenn die letztere zur Beeinträchtigung der Gläubigerrechte vorgenommen worden ist, sich vom Gericht zu einem Erwerb in dem Sinne ermächtigen lassen, daß sie aus dem Nachlaß ihre Befriedigung suchen dürfen. Aber sie machen damit weder sich selbst noch ihren Schuldner zum Erben. Ein etwaiger Überschuß verbleibt vielmehr dem infolge der Ausschlagung zur Sukzession gelangenden Erben[433]).

Im § 28 Nr. 1 der ungarischen KO werden die Erbschaftsausschlagungen mit den Schenkungen auf eine Stufe gestellt.

Interessant ist auch die Regelung im schweizerischen Recht: Nach Art. 566 II ZGB wird bei Zahlungsunfähigkeit des Erblassers bereits eine Ausschlagung vermutet. Nach Art. 578 können die Gläubiger eines überschuldeten Erben[434]) oder die Konkursverwaltung, wenn der Erbe zu dem Zwecke ausgeschlagen hat, daß die Erbschaft seinen Gläubigern entzogen bleibe, die Ausschlagung binnen sechs Monaten anfechten, wenn ihre Forderungen nicht sichergestellt werden. Die Anfechtung bringt die Erbschaft zur amtlichen Liquidation im Sinne der Art. 593 ff., d. h. die Universalsukzession wird in ihren Wirkungen ausgeschaltet, die Konfusionswirkung des Erbgangs tritt nicht ein, jede Verwaltungstätigkeit des Erben fällt weg zugunsten einer amtlichen Verwaltung. Ein Überschuß dient in erster Linie zur Befriedigung der anfechtenden Gläubiger und fällt nach Deckung der übrigen Schulden an die Erben, zu deren Gunsten ausgeschlagen wurde.

Diese schweizerische Regelung würde für den oben erwähnten Fall, den unser Recht nicht befriedigend entschied, eine angemessenere Lösung bringen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß in unserem kommenden Erbrecht das schweizerische Vorbild Beachtung finden wird, um so mehr, als ja bei der Abfassung des Schweizerischen ZGB die Erfahrungen des BGB bereits verwertet werden konnten, und damals in bewußter Abkehr vom BGB die jetzige Regelung getroffen wurde.

---

[432]) *Zach-Crome*, IV 94 ff.

[433]) Übrigens läßt man auch die Gläubigeranfechtung bei unbeschränkter *Annahme* einer überschuldeten Erbschaft zu (Rvgl.-Hwb. II 224).

[434]) Nicht bei Ausschlagung eines Vermächtnisnehmers!

b) § 1952.

Eine umstrittene Bestimmung ist ferner der *§ 1952*[435]).

Daß das Ausschlagungsrecht auf den „Erbeserben" übergeht (§ 1952 I), ist nichts Besonderes, sondern eine Konsequenz des unmittelbaren Erbschaftserwerbs. Anders verhält es sich mit der Bestimmung des § 537 ABGB (s. Anm. 96). Im System des Einweisungserwerbs wie auch im Aditionssystem stellt die Vererblichkeit des Entscheidungsrechtes eine Inkonsequenz, eine aus praktischen Rücksichten eingeführte Besonderheit dar; denn Berufung und Erbschaftserwerb fallen ja zeitlich auseinander; der erste Nachlaß gehört beim Tode des ersten Erben noch nicht zu dessen vererblichem Vermögen. Nur kraft einer besonders vorgeschriebenen „Transmission" kann das Entscheidungsrecht über den Erwerb der ersten Erbschaft auf den Erbeserben übergehen[436]). Im System des Ipso-jure-Erwerbs erhält der erste Erbe die Erbschaft unmittelbar mit dem Erbfall. Stirbt er, so geht sie als bereits erworbener Bestandteil seines Vermögens auf seinen Erben über, und zwar mit dem Ausschlagungsrecht[437]). Ob die Vorschrift des § 1952 I überhaupt erforderlich war, ist deshalb bestritten. Nur wenn man das Recht zur Ausschlagung nicht als „Vermögensrecht" ansieht[438]), dann ist jene Frage zu bejahen; denn dann ist es infolge der besonderen Gesetzesvorschrift ein „weiteres Recht", das vererblich ist, ohne zur Erbschaft zu gehören.

Problematischer ist der Absatz 2 des § 1952. Als wir oben (Anm. 222) die Frage der Geschäftsfähigkeit bei der Erbschaftsannahme erörterten, führten wir den Nachweis, daß u. U. jemand eine Erbschaft bekommen kann, der nichts von dem Anfall erfährt und somit ohne seinen Willen Erbe wird. Bereits dort wiesen wir darauf hin, daß das gleiche Problem auftaucht, wenn ein Erbe vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist stirbt und der Erbeserbe nun die Erbschaft erhält, weil er die Frist versäumt.

Im Anschluß an das ALR (I 9 § 397) bestimmt der § 1952 II, daß die Ausschlagungsfrist in diesem Fall nicht vor[439]) dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist en-

---

[435]) Auch hier dünkt uns eine Vergleichung mit dem schweizerischen Recht, bei dem sich infolge des gleichen Erwerbsystems (Art. 560) dieselben Fragen ergeben, für das Verständnis und die kritische Wertung unseres heimischen Rechtes förderlich.

[436]) Zu beachten ist, daß durch die Transmission nur das jus successionis, nicht die hereditas selbst, erworben wird.

[437]) So *Planck*, § 1952, 1.

[438]) *Binder*, I 71; für das schweizerische Recht; *Escher*, Art. 569 A. 1.

[439]) Aber möglicherweise nachher; also nicht notwendig gleichzeitig!

digt[440]). Hieraus folgert die h. M., daß der zweite Erbe die Frist versäumen kann, ohne überhaupt gewußt zu haben, daß seinem Erblasser, (dem ersten Erben), eine Erbschaft angefallen war[441]).

Ganz vereinzelt steht *Binder,* der dies Ergebnis auf Grund des Gesetzes nicht für notwendig erachtet. Er versucht[442]), den Nachweis zu erbringen, daß der Erbeserbe die dem Erben angefallene Erbschaft nicht durch Fristversäumung annehmen könne, bevor er Kenntnis von deren Anfall erlangt habe.

Er sieht in dem Tode des ersten Erben „höhere Gewalt" i. S. des § 203, durch die der Ablauf der Frist gehemmt werde, weil der Erbe infolge seines Todes an der Ausschlagung verhindert sei. Als Zeitpunkt, mit dem die eingetretene Hemmung beendet wird, betrachtet er nun nicht den Anfall an den zweiten Erben, sondern den Augenblick, in dem der Erbeserbe in die Lage kommt, von dem ihm zustehenden Ausschlagungsrecht tatsächlich Gebrauch zu machen. Dies sei erst der Fall, wenn er weiß, daß in der ihm angefallenen Erbschaft eine mit dem Recht der Ausschlagung transmittierte Erbschaft enthalten ist. Dies setze die Kenntnis vom Anfall an den ersten Erben voraus.

Dazu ist m. E. f o l g e n d e s z u s a g e n : Aus dem Zusammenhang des § 203 mit § 207 ergibt sich, daß der Tod des Erben hier nicht als „höhere Gewalt" aufgefaßt werden darf. Es ist ferner ein Irrtum, daß der Tod den „Erben" mit höherer Gewalt hindere. Ausschlagungsberechtigter „Erbe", in dessen Person allein Hinderungsgründe eintreten könnten, ist nach dem Tode des ersten Erben der Erbeserbe, und der Tod des ersten Erben hindert den Erbeserben nicht an der Ausschlagung, sondern er ermöglicht sie ihm erst, da ihm das Ausschlagungsrecht erst mit der zweiten Erbschaft, also mit dem Tode des Erben, anfällt.

Nach dem Gesetzeswortlaut muß es wohl bei der Auffassung sein Bewenden haben, daß die Vorschrift des Abs. II lediglich zu einer Verlängerung, nicht aber zu einer Unterbrechung oder auch nur zu einer Hemmung führe bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Erbeserbe die notwendige Kenntnis erlangt. Es geht auch nicht an, bei dieser Unkenntnis des Erbeserben vom Erbanfall einen „Irrtum über den Berufungsgrund" und damit Ausschließung des Erwerbs gemäß § 1949 anzunehmen.

---

[440]) Hatte die Überlegungsfrist für den ersten Erben noch nicht begonnen, so kann sie natürlich erst mit dem Zeitpunkt beginnen, in welchem der zweite Erbe die erforderliche Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund erlangt (*Binder,* I 83).

[441]) In den Motiven zu dem § 2031 des EI, der für den § 1952 vorbildlich wurde, ist das ausdrücklich gesagt (Mot. V, 502).

[442]) a. a. O. S. 84, 85.

Die einzige Abhilfe wäre wohl eine Anfechtung gemäß § 1956. Abgesehen davon, daß, wie wir gesehen haben (siehe oben S. 71 f.), die Anfechtungsmöglichkeit in solchem Falle sehr umstritten ist, wird man in der Anfechtung, zu der man den Erbeserben nötigen würde, keine ideale Lösung erblicken können. In diesem Punkte wiederum könnte das Schweizerische ZGB unserem Gesetzgeber einen wertvollen Fingerzeig für die kommende Neugestaltung geben. Im Art. 569 II wird bestimmt, daß die Frist zur Ausschlagung für die Erbeserben mit dem Zeitpunkt beginnt, da sie von dem Anfall der Erbschaft an ihren Erblasser Kenntnis erhalten, und frühestens mit dem Ablauf der Frist endigt, die ihnen gegenüber ihrem eigenen Erblasser für die Ausschlagung gegeben ist.

c) Die Stellung des vorläufigen Erben (§§ 1959, 1958).

Auf einen weiteren kritikbedürftigen Punkt weist *Reichel*[443]) hin: Das Gesetz habe die Stellung des „vorläufigen Erben" in einer zu „antinomischen" Art bestimmt. Einerseits sei er Subjekt und Herr des Nachlasses — denn er ist Erbe —, andrerseits sei er weder verfügungsberechtigt noch erfüllungspflichtig — denn die Ausschlagung wird zurückwirken. Hinzukomme, daß Umfang und Maß der Konsequenzen, die aus der rückläufigen Bedingtheit der Erbenqualität des Berufenen zu ziehen sind, nicht klar und umfassend genug vorgezeichnet seien. Der § 1959 schalte nicht alle Zweifel aus. Auch darin wird man *Reichel* nicht Unrecht geben können, daß er den § 1958 als nicht gelungen ansieht. Es wäre nicht nötig gewesen, dem vorläufigen Erben, der ja bis auf weiteres Erbe ist, um der Ausschlagungsmöglichkeit willen, schlechtweg die Passivlegitimation abzusprechen. Es wäre ausreichend gewesen, wenn man ihm eine prozeßhindernde Einrede oder ein Recht auf Aussetzung des Prozesses bis zur Annahme eingeräumt hätte. Auch hätte man nicht alle Fälle gerichtlicher Geltendmachung einzubeziehen brauchen; bloße Sicherungsmaßnahmen z. B. könnten ruhig gegenüber dem vorläufigen Erben zugelassen werden.

d) § 1953.

α) Die sukzessive Delation.

Endlich möchten wir noch den § 1953 in einigen Punkten einer kritischen Würdigung unterziehen:

a) Wenn man bedenkt, daß die Ausschlagung des Erstberufenen wohl regelmäßig ihren Grund in der Insolvenz der Erbschaft haben wird, dann kann man zweifelhaft sein, ob es ratsam und praktisch ist,

---

[443]) Jenenser Festgabe f. Thon, 1911, S. 173.

die Erbschaft noch weiteren Erben anzubieten, die sicherlich ebenfalls ausschlagen werden. Die Zweckmäßigkeit einer solchen „sukzessiven Delation" erscheint unter diesem Gesichtspunkt fragwürdig. Zur Erläuterung der Nachteile und unerfreulichen Begleiterscheinungen dieser Regelung halte man sich folgendes Beispiel vor Augen:

Eine überschuldete Erbschaft wird vom Erstberufenen ausgeschlagen und fällt an eine mit dem Erblasser entfernter verwandte Frau. Ist diese (und auch ihr Ehemann) nicht bewandert in Erbschaftsangelegenheiten, so kann es leicht geschehen, daß die Ausschlagungsfrist verstreicht und die Leute nun die überschuldete Erbschaft und außerdem die Unannehmlichkeiten und Kosten eines Nachlaßkonkurses auf dem Halse haben.

Ist die Frau gut beraten, so wird sie ausschlagen. Das kostet zunächst einmal eine öffentlich beglaubigte Erklärung (§ 1945). Dann aber geht die Erbschaft an das Kind weiter. Für das Kind kann der Vater allein nicht ausschlagen (§ 1643 II S. 1)[444]. Er muß das Vormundschaftsgericht in Bewegung setzen, das natürlich genauen Ausweis über den Betrag der Erbschaft verlangt. Es müssen also von dem evtl. auswärtigen Nachlaßgericht die erforderlichen Bescheinigungen beigebracht werden. Das alles kostet Zeit, Mühe und Geld.

Aus diesen Erwägungen hat z. B. das Schweizerische ZGB in Art. 573 das Prinzip der sukzessiven Delation aufgegeben. Wird die Erbschaft von den nächsten gesetzlichen Erben (wenn nur einer da ist, von diesem einen[445]) ausgeschlagen, so fällt sie nicht den danach Berufenen an, sondern gelangt zur Liquidation durch das Konkursamt.

Schlägt nur einer der mehreren gesetzlichen Erben aus, so vererbt sich allerdings sein Anteil wie nach unserem Recht (Art. 572 I). Schlagen eingesetzte Erben aus, so geht die Erbschaft an die nächsten gesetzlichen Erben (Art. 572, II).

β) Die Rückwirkung der Ausschlagung.

b) Weitere Zweifelsfragen ergeben sich aus der in § 1953 statuierten „Rückwirkung" der Ausschlagung.

Das Gesetz läßt es nicht bei dem einfachen Wechsel der Person des Erben bewenden, sondern hält den Grundsatz, daß die Erbschaft unmittelbar mit dem Tode des Erblassers erworben wird, auch im Falle einer Ausschlagung aufrecht.

---

[444]) Satz 2 dieses Absatzes kommt nicht zur Anwendung, da der Anfall an das Kind nicht infolge der Ausschlagung des Vaters, sondern der Mutter, eingetreten ist.

[445]) *Escher*, Art. 573 N. 3.

Wie wir schon oben (S. 86) ausgeführt haben, sind wir der Meinung, daß es sich hier um eine Fiktion handelt und daß es keine tatsächliche Rückwirkung ist in dem Sinne, daß sie einen rechtlichen Zustand der Vergangenheit nachträglich in dieser Vergangenheit ändert[446]).

Der Anfall an den Nächstberufenen *ist* nicht mit dem Erbfall erfolgt, sondern *gilt* nur als mit dem Erbfall erfolgt. Dafür spricht der Wortlaut der §§ 1930 (keine Berufung, „solange" ein Vorhergehender vorhanden ist), 1953 II (welcher „berufen sein würde") und 1951 II S. 1 („erst später anfällt"). Der § 1953 besagt mit seiner Rückwirkungsfiktion nicht, daß die Berufung bereits im Augenblick des Erbfalls erfolgt; es wird lediglich bestimmt, daß für die Frage, wer nunmehr berufen ist, jener Augenblick maßgebend sein soll. Für andere Fragen kommt die Rückwirkung nicht in Betracht[447]); so läuft z. B. die Ausschlagungsfrist für den Nächstberufenen erst von dem Zeitpunkt, in dem die „wirkliche" Berufung erfolgt, auch wenn er vorher schon Kenntnis vom Erbfall und dem Berufungsgrund besaß[448]).

Aber darüber hinaus erscheint es uns *problematisch, ob überhaupt* die durch keine Auslegung aus der Welt zu schaffende Regelung angebracht war, daß für die Frage, wer Nächstberufener wird, der *Zeitpunkt des Erbfalls* ausschlaggebend ist. Weil infolge der Ausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§ 1953 I), hat man geglaubt, auch den für den Ausschlagenden Neueintretenden so behandeln zu müssen, als sei er beim Tode des Erblassers eingetreten. Man war wohl der Meinung, daß diese Folgerung aus dem Ipso-jure-Erwerb gezogen werden müsse.

Das Ergebnis ist eine Negierung des alten Grundsatzes, daß nur derjenige erben kann, der (nicht bloß den Erblasser überlebt, sondern zugleich) den Anfall erlebt hat. Ob es angängig oder auch nur ratsam war, das Erfordernis des Erlebens des Anfalls im Wege der Fiktion beibringen zu wollen (§ 1953, II), möchten wir bezweifeln, um so mehr, als die angenommene Regelung zu Unzuträglichkeiten und unerwünschten Resultaten führt:

Nach dem BGB kann ein zur Zeit der Ausschlagung bereits Verstorbener als Erbe angesehen werden, sofern er nur beim Tode des

---

[446]) Vgl. auch *Rieger*, JW 35, 990.

[447]) Dies entkräftet auch jene Beweisführung, die wegen der Rückwirkung des § 1953 glaubte, in der Ausschlagung keine Vermögensminderung sehen zu dürfen (s. oben S. 114 Anm. 415/416).

[448]) Hierüber und über weitere Konsequenzen dieser Auffassung vgl. *Binder*, I S. 132.

Erblassers noch gelebt hat[449]); wenn der an zweiter Stelle stehende Berufene zwischen dem Tod des Erblassers und der Ausschlagung durch den Erstberufenen stirbt, so gelangt der Nachlaß in die Hände der Erben jenes an zweiter Stelle Stehenden, d. h. an Personen, die möglicherweise zu dem ersten Erblasser nicht die geringste Beziehung hatten.

Man denke z. B. an den Fall, daß der Erblasser neben dem eingesetzten Erben einen Ersatzerben berufen hat und der Ersatzerbe nach dem Tode des Erblassers, aber vor der Ausschlagung stirbt. Dann geht die ausgeschlagene Erbschaft auf die zu dem Erblasser vielleicht in gar keiner Beziehung stehenden Erben des Ersatzerben über[450]).

Die Bedenken, die gegen die Maßgeblichkeit des Erbfalls bestehen, werden ferner durch das folgende Beispiel[451]) bestätigt: Wenn ein als gesetzlicher Erbe berufener Verwandter, der Kinder hat, ausschlägt, dann werden nur die zur Zeit des Erbfalls geborenen oder empfangenen (§ 1923) Kinder, nicht auch das nach dem Erbfall, aber vor der Ausschlagung empfangene Kind Erben. Man wird es kaum für gerechtfertigt erachten, daß dies inzwischen empfangene Kind nicht miterben soll, bloß weil es zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht vorhanden war.

Obwohl dem Gesetzgeber bei der Abfassung des BGB die angedeutete Problematik nicht entgangen ist[452]), würden wir es für angezeigt halten, daß er diese Frage erneut prüft. Vielleicht kommt er zu dem Schluß, daß es besser ist, eine ausgeschlagene Erbschaft an denjenigen fallen zu lassen, der zur Zeit der Ausschlagung als der Zunächstberufene sich darstellt.

II. Das ABGB.

1. Allgemeiner Charakter der Vorschriften über den Erbschaftserwerb.

Welche Beurteilung verdient das österreichische Recht? Zwar ist das ABGB allgemein als ein gutes Gesetzbuch anerkannt; nicht nur im eigenen Land hat es hohes Lob erfahren[453]), sondern

[449]) Der an zweiter Stelle Berufene wird nach seinem Tode zum Erben gestempelt, obwohl er nie etwas davon wußte und auch selbst nichts von der Erbschaft hatte.

[450]) Vgl. *Mot.* V, 514.

[451]) Angeführt von *O. Bähr*, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 3 S. 154.

[452]) Vgl. *Mot.* V, 355, 376, 514.

[453]) Vgl. die zahlreichen Aufsätze in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, die des Lobes voll sind über die Vorzüglichkeit dieses Gesetzeswerkes. *Swoboda*, Ztschr. d. Akad. f. D. R., Jg. 1938, S. 687 (H. 20).

auch außerhalb der Grenzen seines Geltungsbereichs ist ihm viel Gutes nachgesagt worden[454]).

Was von dem Gesetzbuch im allgemeinen gilt, soll nach dem Zeugnis von *Pfaff-Hofmann*[455]) besonders für das Erbrecht zutreffen. Das Erbrecht wird als die „wohlgelungenste Partie" angesehen.

In der Tat wird nicht geleugnet, daß im wesentlichen das österreichische Erbrecht Beifall verdient. Abgesehen von seiner mangelhaften Stellung im System der Gesamtrechtsordnung[456]), besitzt es klare und billige Vorschriften; es ist darum kein Zufall, daß es dem deutschen Gesetzgeber bei der Abfassung des „Erbrechts" in mancher Hinsicht als Vorbild gedient hat[457]).

Aber eines kann nicht verschwiegen werden: Seine Regelung des „Erbschaftserwerbes" ist nicht vorbildlich. Dieser Erkenntnis verschließen sich nur wenige[458]). Groß ist dagegen die Zahl derer, die Kritik geübt haben, und entsprechend zahlreich sind die Reformversuche zur Abstellung der erkannten Mängel.

Man hat das ABGB hinsichtlich seines Gesamtcharakters als einen „Anachronismus" mit Bezug auf seine Entstehungszeit bezeichnet[459]), weil „das Niveau, auf das es die Person erhebt, und die Selbständigkeit der Verfügung, mit der er sie ausstattet, weil ganz allgemein die Emanzipation der privatrechtlichen Beziehungen von Staat und Behörde zu dem Regierungssystem im Gegensatz standen, unter dem das Gesetzbuch wirken sollte." In der uns vorliegenden Frage hat jedoch das Gesetzbuch eine Regelung getroffen, die jener Charakterisierung nicht entspricht. Hier bewahrheitet sich vielmehr an dem ABGB der alte und zugleich lobenswerte Satz, daß jedes Gesetz, und sei es noch so neuzeitig und zukunftsweisend, auch ein Kind seiner Zeit ist.

---

[454]) *Enneccerus-Nipperdey*, § 9 II; v. *Gerber*, Syst. d. dt. Privatr. S. 21; *Schröder-v. Künßberg*, S. 1017; *Binding*, Arch. ziv. Prax. 57, 415.

[455]) Bd. II S. 4.

[456]) *Boehmer-Staudinger*, S. 10.

[457]) *Strohal*, Bd. I S. 46; *Boehmer*, „Vorschläge ..." S. 20; *H. Lange*, Die Ordnung d. gesetzl. Erbfolge; S. 25; *Klang*, Vbm. A (S. 565) zu § 727. Über d. Verhältnis zw. dt. u. österr. Erbrecht s. ferner *Roitz* in Ratzenhofer, S. 37.

[458]) *Pfaff-Hofmann*, S. 43; *Harrasowsky*, S. 58 halten mit einer Kritik sehr zurück. Letzterer findet vielmehr Worte d. Rechtfertigung f. d. System des Erwerbs durch Verlassenschaftsabhandlung; *Klein* (Festschr. I S. 9) räumt ein, daß bezügl. d. Nachlaßabhandlung Kritik am Platze sei.

[459]) *F. Klein* i. d. Festschrift I S. 17.

Ist es schon richtig, daß es einen guten Schutz naturrechtlichen Gedankengutes mitbekommen hat[460]), da die Verfasser ja Männer des Aufklärungszeitalters waren, so kann gleichfalls nicht verkannt und nicht für verwunderlich erachtet werden, daß auch die andere Seite jener im damaligen Staate herrschenden Geistesrichtung ihren Niederschlag gefunden hat, die man „Josefinismus"[461]) nennt und die von der Vorstellung beherrscht wird, dem Staate, vertreten durch seinen „ersten Diener", den Monarchen oder Landesvater, komme eine väterliche Fürsorge und Betreuung der Untertanen, der „Landeskinder", zu, die auch vor einer ins Einzelne gehenden Einmischung nicht Halt zu machen habe[462]).

Und doch würde man sich täuschen, wollte man die gesetzlichen Bestimmungen über den Erbschaftserwerb, die wie keine zweite Rechtsordnung vielfältigste staatsbehördliche Beteiligung und Einmischung festlegen, bloß als Ausfluß der Geistesströmung der Kodifikationsepoche erklären und in diesem Sinne das Gesetzbuch als Kind seiner Zeit ansehen. Dies erkannt zu haben, ist ein Verdienst der Kritiker des österreichischen Systems des Erbschaftserwerbs, deren Zahl, wie erwähnt, nicht gering ist. Wir wollen darum unsere „Kritik und rechtspolitischen Ausblick" nicht abschließen einfach mit der Überlegung: Das deutsche System hat sich bewährt, das österreichische dagegen war lebhaften Einwendungen ausgesetzt; also ist die rechtspolitische Folgerung klar; sondern wir wollen zuvor kurz auf die verdienstvolle Arbeit der Kritiker des österreichischen Systems eingehen, besonders auch, weil diese Kritik beispielhaft und vorbildlich ist insofern, als sie sich nicht beschränkt auf die Wertung eines bestehenden Institutes und seiner gegenwärtigen praktischen Auswirkungen, sondern auch seine geschichtlichen Wurzeln und seinen Werdegang in Betracht zieht.

2. Kritik der Verlassenschaftsabhandlung und Vorschläge zu ihrer Reform (mit Einschluß der Reformversuche in der ehemaligen Tschechoslowakei).

Das System des Erbschaftserwerbs mit der obrigkeitlichen Einweisung in den Nachlaß krankt nicht nur daran, daß seine juristi-

---

[460]) *Jul. Ofner* in Festschr. I S. 451; *Swoboda,* Das ABGB im Lichte der Lehren Kants;*Till* in Festschr. II S. 388; *Chorinsky,* S. 129.

[461]) *Ofner,* a. a. O.

[462]) Bezeichnenderweise nimmt auch in den beiden anderen Rechtsgebieten, wo eine Verlassenschaftshandlung bestand, in Württemberg und Bayern, die obrigkeitliche Nachlaßbehandlung Aufschwung im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus.

sche Erfassung, wie wir gesehen haben, erhebliche Schwierigkeiten bereitet und eine Quelle unvermeidlicher theoretischer Streitigkeiten darstellt; es sind ihm auch von der Seite der Praxis Vorwürfe nicht erspart geblieben mit der ganz konkreten Begründung, daß es sich nicht bewähre, sondern infolge seiner minutiösen Verlassenschaftsabhandlung und der Unzahl von verschiedenen Akten, deren Befolgung das Gericht zu gewährleisten habe, zu langwierig, schwerfällig und kostspielig sei.

So ist es gekommen, daß die Beanstandungen an dem österreichischen Erbschaftserwerb sich vorwiegend, ja fast ausschließlich, auf das Institut der Verlassenschaftsabhandlung[463] beziehen und beinahe unabhängig von der Stellungnahme zu dem oben vorgetragenen Meinungsstreit erhoben werden.

Die ersten Vorstöße gegen die obligatorische Nachlaßabhandlung fallen in den Anfang der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts, also in die erste Zeit der Geltung des Verlassenschaftspatents von 1854, welches das Verfahren in seiner jetzigen Gestalt normiert. Die Streitschriften und ablehnenden Äußerungen[464] sind nicht unwesentlich in einer allgemeinen, weltanschaulichen Haltung begründet und bedeuten die Auflehnung liberaler Auffassung gegen staatliche Bevormundung. So wird gesagt[465]: „Keine andere Gesetzgebung ist so konsequent bis zur äußersten Grenze der Verkehrtheit auf der einmal betretenen Bahn fortgeschritten. Sie bietet ein Beispiel heilsamer Abschreckung dar, wohin es führt, wenn die Gesetzgebung, der Natur der Privatverhältnisse zuwider, dem Hang der Bevormundung und fürsorglicher Überwachung auch der privaten Interessen sich hingibt. Die Verlassenschaftsabhandlung ist ein verwerfliches, sach- und zweckwidriges Institut."

Darüber hinaus ist es aber das Verdienst dieser ersten Kritiker, dem Ursprung dieser Einrichtung nachgegangen zu sein und zur beachtlichen Bereicherung der österreichischen Rechtsgeschichte Studien angestellt zu haben, die den Nachweis erbringen, daß die Nachlaßabhandlung kein rationales Erzeugnis der Gesetzgebung der aufgeklärten Despotie ist, sondern ein altes, auf österreichischem

---

[463]) „Wenige Gegenstände wurden in der österr. juridischen Literatur so vielfach besprochen, (1854–77) als die Verl. Abh." (*Chorinsky*, S. 217). Vgl. auch *Klang*, § 797 II.

[464]) *Unger*, Die Verl.Abh. in Österr. Ein Votum für deren Aufhebung (1862); *Arndt*, Krit. V. S. 4, 443 ff.

[465]) *Arndt*, a. a. O.; *Leinweber*, S. 12 ff.: „Sie ist getragen vom Geist der staatlichen Bevormundung, der bürokratischen Ängstlichkeit und Umständlichkeit."

Rechtsboden eigengewachsenes und in mehrhundertjähriger Entwicklung organisch weiter gebildetes Institut darstellt[466]).

Angeregt durch die wissenschaftlichen Erörterungen wurden in den nächsten Jahren zwei Gesetzesentwürfe herausgebracht, die sich mit der Frage der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und damit auch mit der erbrechtlichen Verlassenschaftsabhandlung befaßten: 1866 ein Entwurf des Justizministeriums und 1867[467]) ein Referentenentwurf mit Motiven versehen. Beide Entwürfe beruhten auf neuen Prinzipien, die vom Verlassenschaftspatent und vom ABGB abweichen. Wesentlich ist, daß sie ebenso wie unser Recht den „Anfallerwerb" statuieren wollten. Aber beide Entwürfe sind nicht Gesetz geworden.

Abgesehen von der weltanschaulichen und allgemein gefühlsmäßigen Ablehnung erhob man gegen das System den konkreten Vorwurf, daß es die mit ihm verfolgten Zwecke gar nicht hinreichend erfülle und es einen im Hinblick auf die gelöste Aufgabe viel zu komplizierten Apparat darstelle[468]). Die legislatorische Absicht[469]), den Nachlaß in die Hand des wahren Erben zu bringen, werde nicht verwirklicht, da trotz der Einantwortung noch Erbschaftsprozesse möglich seien, und der zweite Zweck, den Bezug der Erbschaftsgebühren zu sichern (fiskalisches Interesse!), könne auch anderweitig erreicht werden[470]). Weitere Zwecke, wie Vermeidung von Erbschaftsstreitigkeiten[471]), Verfolgbarkeit des Vermögensübergangs durch die Generationen, Klärung der personenstandsrechtlichen Verhältnisse, Fürsorge für beteiligte Pflegebefohlene u. a. m., erfülle die Verlassenschaftsabhandlung zwar, aber dies könne teils ohne besondere Maßnahmen, teils durch einzelne besondere Vorkehrungen zuwege gebracht werden.

---

[466]) *Chorinsky*, S. 1 ff.: „Nach und nach, allmählich hat die gesetzliche Regelung richterlicher Einflußnahme auf die Ordnung der Nachlässe zugenommen, bis der Grundsatz „le mort saisit le vif" verdrängt und an dessen Stelle ein Verfahren eingeschoben worden war, welches die Dispositionsbefugnis der Erben über die Nachlaßgegenstände von einer ganzen Reihe gerichtlicher Akte abhängig machte und je nach Lage der Sache auf Monate und Jahre suspendierte."

[467]) Diesen Entwurf kritisiert *Randa* in seiner von uns vielfach zit. Schrift, „Erwerb d. Erbschaft". Vgl. dazu ferner *Chorinsky*, S. 228.

[468]) *Randa*, E. d. E. S. 1; *v. Aanders*, S. 47; *Chorinsky*, S. 19.

[469]) *Randa*, a. a. O.; *Chorinsky*, S. 163.

[470]) *Klang*, § 797 II 2.

[471]) S. oben S. 103 Anm. 369.

Seitdem der alte Grundsatz, daß nur der „reine Nachlaß“[472]) deducto aere alieno an den Erben gelangen soll, mit dem ABGB bereits aufgegeben wurde (vgl. § 811), sei für die staatliche Einmischung beim Erbschaftserwerb auch aus diesem Gesichtspunkt kein Platz mehr.

Trotz allem würde man aber fehlgehen, wenn man annehmen wollte, daß die Beseitigung der Verlassenschaftsabhandlung die Forderung der österreichischen Rechtswahrer sei; man kann vielmehr als durchaus herrschende Meinung die Auffassung bezeichnen, die für eine Beibehaltung dieses Verfahrens eintritt und lediglich die Reformierung[473]) des Institutes im Sinn einer Zurückführung auf die notwendigsten und wesentlichen Elemente für erforderlich hält[474]).

(Dieser Standpunkt wird sogar noch gegenwärtig, nach dem Anschluß ans Reich, verfochten[475]). Als solche wesentlichen, erhaltenswerten Bestandteile betrachtet man[476]) die einleitende Todfallsaufnahme, die Erbserklärung und die Einantwortung, m. a. W. die auf Ermittlung und urkundliche Sicherstellung des mutmaßlichen Erben gerichteten Akte[477]). Fortfallen sollen der Testamentsausweis und die zeitraubenden auf Gebührenbemessung und -berichtigung bezugnehmenden Schritte, weil gerade dieser „ganze Apparat abhandlungsbehördlicher Legitimationen am meisten auf dem Geschäftsgang laste und ihn verzögere“. (Vgl. oben S. 32/33.) Es läuft im wesentlichen darauf hinaus, das in der Verlassenschaftsabhandlung enthaltene „beurkunden-

---

[472]) Vgl. dazu *Unger*, Verl. Abh. S. 135, 155, 158; *Randa*, E. d. E. S. 95; *Chorinsky*, S. 129–131, S. 17: „Früher bestand die Verl.Abh. ebensosehr und mehr im Interesse der Erbschaftsgläubiger und der Legatare als des Erben. Sie entsprach einer Tätigkeit des Staates, die man justitia distributiva nennen könnte.“

[473]) *Harrasowsky* wendet sich gegen die angreifende Schrift Ungers und vertritt die völlige Beibehaltung der Abhandlung in der jetzigen Gestalt höchstens Reform der gerichtlichen Zuständigkeit i. S. einer alleinigen Kompetenz des Einzelrichters, S. 69, 76.

[474]) *Chorinsky*, S. 8; *Rintelen*, S. 47; *Randa*, E. d. E. S. 2; *Klein* in Festschrift I S. 9; *Walker*, S. 830; *Leinweber*, S. 12; *Roitz*, S. 39.

[475]) So *Roitz*, S. 39. Dies zeigt wieder einmal, mit welcher Beharrlichkeit an alten zivilrechtlichen Einrichtungen, die sich infolge Jahrhunderte alter Überlieferung eingebürgert haben, festgehalten wird und vermag auch etwas die Vorsichtigkeit zu erklären, mit der unser Gesetzgeber heute an die Reform des bürgerlichen Rechtes herangeht; handelt es sich dabei doch um eine Materie, die den Niederschlag juristischen Scharfsinns und gerichtlicher Übung von vielen Generationen darstellt.

[476]) *Leinweber*, S. 12 ff.

[477]) *Chorinsky*, S. 3, S. 295.

de Moment" in den Vordergrund zu rücken und mit den unzweifelhaften Vorteilen der urkundlichen Sicherstellung rechtserheblicher Tatsachen die Existenz und die Beibehaltung der Verlassenschaftsabhandlung zu begründen[478]). Damit zusammenhängen auch die Reformvorschläge[479]), die Gerichte von der Verlassenschaftsabhandlung freizumachen und dieselbe den Organen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Notaren als Urkundspersonen, zuzuweisen.

Bis heute sind aber die Reformvorschläge noch nicht Gesetz geworden. Auch die bedeutende Novellengesetzgebung von 1914–16[480]) hat in dieser Hinsicht keine Neuerung gebracht[481]).

---

[478]) Daß der österreichische Gesetzgeber selbst das beurkundende Moment nicht in dieser Klarheit als wesentlichsten Bestandteil der Abhandlung erkannt und behandelt hat, geht, wie *Chorinsky* zugeben muß (S. 174), aus dem Verlassenschaftspatent von 1850 hervor, in dem die zur Beurkundung in erster Linie berufenen Personen, die Notare, von der Einantwortung, der Erbserklärung und der Ausschlagung ferngehalten und diese Akte nur dem Gerichte zugewiesen wurden.

[479]) Vgl. *Chorinsky*, S. 18; *Pawlik*, Ger.Zeitg. 1923, 10 (zit. b. *Klang*, § 797 Anm. 22).

[480]) *Ehrenz*, § 6 (S. 32).

[481]) Die Zuweisung der Verlassenschaftsabhandlung an die Notare ist teilweise in der Tschechoslowakei durchgeführt durch das Gesetz v. 1. 4. 21; vgl. dazu *Ehrenz*, § 534 (S. 571).

Im übrigen ist über die Reformarbeit in der ehemaligen Tschechoslowakei folgendes zu berichten:

Man hat an der österreichischen Regelung festgehalten. Der Erbe erwirbt erst mit der Einantwortung, die beibehalten wird, die Erbschaft. (*Sedlacek* in La vie juridique des peuples, Vol. II p. 262: « C'est par un jugement d'envoi en possession que l'héritier acquiert la succession et jamais auparavant ».)

Der Entwurf eines BGB von 1924 (in deutscher Übersetzung hersg. v. Justizministerium d. tschechosl. Republik), den die Kommission für die Revision des ABGB ausarbeitete, bringt in diesem Punkt keine Änderung (s. § 557, der an die Stelle des § 547 ABGB treten sollte, sowie „Motivenbericht" S. 507). Es wird gesagt: die „bloße Erbserklärung" ist zwar eine Annahme. Sie hat aber nicht die Folge, daß der Erbe den Erblasser vorstellt. „Bis zur Einantwortung" wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

Dieser Revisionsentwurf ist inzwischen längst überholt. Späterhin kam ein „Superrevisionsentwurf" zustande, der aber nur in tschechischer Sprache veröffentlicht wurde.

Im Frühjahr 1938 wurde auf Grund neuer Beratungen eine „Regierungsvorlage betr. die Erlassung eines Bürgerlichen Gesetzbuches" dem Prager Parlament vorgelegt (sie ist in deutscher Übersetzung erschienen und trägt die Drucknummer 844). Auch in ihr wird der Einantwortungserwerb nach österreichischem Vorbild beibehalten: Man unterscheidet Erwerb des

Vielleicht liegt der Grund dafür in dem Umstand, daß der Verlassenschaftsabhandlung doch nicht lediglich die Funktion eines Beurkundungsverfahrens beigemessen wird, sondern daß angesichts der h. M. über die Bedeutung der obrigkeitlichen Einweisung, der Einantwortung, die Beziehung zum materiellen Recht des Erbschaftserwerbs für so eng erachtet wird, daß eine erhebliche Reform der Nachlaßabhandlung ohne gleichzeitige Abänderung des ABGB nicht angängig erscheint[482]).

Diesem Gesichtspunkt wird größeres Gewicht beizulegen sein als dem Versuch, das Fortbestehen des Instituts mit seinen Vorzügen zu erklären. Wenn man nicht mit *Harrasowsky*[483]) in dem Umstand einen

---

„Erbrechts" und Erwerb der „Erbschaft". Will der Erbe die Erbschaft erwerben, so muß er sich um sie bei Gericht durch die Erbserklärung bewerben, und das Gericht erläßt einen Ausspruch über sein Erbrecht (§§ 613, 614). Die Einantwortung erfolgt durch Aushändigung einer Urkunde (§ 628). Das Gericht hat diese Urkunde so lange nicht auszufolgen, als nicht gewährleistet ist, daß der Wille des Erblassers gehörig erfüllt werde (Fortfall der minutiösen Vorschriften über Testamentsausweisung usw.!!) (§ 634). Die Einantwortung schließt eine Erbschaftsklage des nicht berücksichtigten wahren Erben nicht aus (§ 636). Im ganzen gesehen, bringt die Regierungsvorlage eine Lösung, die die von der österreichischen Wissenschaft und Praxis gerügten Mängel des ABGB vermeidet, im übrigen aber der Meinung entspricht, daß grundsätzlich das Einweisungssystem festzuhalten ist.

Schon seit den Oktoberereignissen des vorigen Jahres (1938) war zu vermuten, daß auch dieser Entwurf nicht Gesetz werden würde, und zwar infolge der geänderten staatsrechtlichen Verhältnisse. In der Slowakei gilt bekanntlich Gewohnheitsrecht, und die Slowakei wollte nach ihrer erlangten Selbständigkeit keine Gemeinsamkeit im bürgerlichen Recht mit dem tschechischen Teil des Staates. Man hörte nichts mehr davon, daß über den Entwurf weiter beraten werden sollte. Das Unifikationsministerium, das die Aufgabe hatte, auf die Rechtseinheit zwischen der Slowakei und den böhmischen Ländern hinzuwirken, wurde aufgelöst. Nach der Unterstellung Böhmens und Mährens unter die Schutzherrschaft des Reiches gilt das ehemals tschecho-slowak. Recht weiter (Art. 12 des Führererlasses vom 16. 3. 39); es ist jedoch anzunehmen, daß das Protektorat an der künftigen Rechtsentwicklung und Neugestaltung im Reiche teil nimmt.

[482]) *Klang*, § 797 II 3; *Ehrenz*, § 534 I (S. 571). Bezeichnend ist es, daß s. Z. *Bähr*, der bei den Erörterungen über den Entwurf des deutschen BGB für weitgehende Nachlaßfürsorge eintrat, zugleich ein Verfechter des Antretungsprinzip war und das Anfallprinzip ablehnte. Vgl. Zstlg. S. 127 (Gegenentw. §§ 3, 4), S. 157, 159 (Gegenentw. § 1).

[483]) a. a. O. S. 59; S. 27: Im österr. Recht ist nur der Grundgedanke am konsequentesten durchgeführt, daß es im öffentlichen Interesse liege, zum Schutze der einzelnen sowie zum Zwecke der Publizität der Rechtsnachfolge auf die Ermittlung der Erbinteressenten nach den beiden Richtungen von Amts wegen wegen hinzuwirken, daß jeder Berechtigte von seinen Ansprüchen

großen Vorteil zu erblicken vermag, daß die Gesamtheit der verschiedenen Gerichts- und Parteienhandlungen, die sich anläßlich des Vermögensübergangs vom Verstorbenen auf seine Nachfolger ergeben, in ein einheitliches Verfahren zusammengezogen sind, dann bleibt nicht mehr viel übrig. Die weitere Behauptung, daß die Verlassenschaftsabhandlung erforderlich sei wegen der in Österreich bestehenden Einrichtung der „Grundbücher"[484]), kann nicht als stichhaltig angesehen werden angesichts der Tatsache, daß auch das BGB das Grundbuch voraussetzt (vgl. §§ 873 ff.) und gleichwohl keine in jedem Fall obligatorische Nachlaßabhandlung kennt. Gerade die mehrfach vorkommende[485]) Hinweisung und Bezugnahme auf die deutsche Erbenlegitimation, den auf einen Antrag ausgestellten Erbschein (§§ 2353 ff.), hätte erkennen lassen sollen, daß die verfolgten Absichten auch durch einzelne, für spezielle Zwecke[486]) erforderliche Rechtseinrichtungen verwirklicht werden können, ohne daß man ein kompaktes, umständliches Verfahren generell vorzuschreiben braucht. Das deutsche BGB hat die Notwendigkeit und Unumgänglichkeit[487]) gerichtlicher Nachlaßfürsorge und Nachlaßbehandlung nicht verkannt, aber sich auf das Maß des Notwendigen beschränkt[488]) und bewußt[489]) vom österreichischen System Abstand genommen: In den Zstlg BR I 186, II 43 und Zstlg Bd. V 155 wird das Für und Wider einer amtlichen Nachlaßbehandlung eingehend erörtert. In dem Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB (S. 310) wird die in Süddeutschland bestehende weitgehende amtliche Nachlaßfürsorge in Betracht gezogen und auf die dort schon laut gewordenen Klagen und Beanstandungen hingewiesen.

---

rechtzeitig in Kenntnis gesetzt und jeder Erbanspruch einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werde.

[484]) *Harrasowsky*, S. 60; *Walker*, S. 830.

[485]) *Leinweber*, S. 1 ff. Bezüglich des gemeinen und preußischen Rechts; *Harras.*, S. 49 f.; *Chorinsky*, S. 10.

[486]) Z. B. § 35 GBO.

[487]) Darin hat *Harrasowsky* (S. 21, 60) recht, daß auch in anderen Rechtsordnungen gerichtliche Beteiligung beim Erbschaftsübergang vielfach nötig ist.

[488]) Mot. V, S. 528; *v. Anders* (S. 47) zollt dem deutschen Recht Beifall. Gegen die Angemessenheit der deutschen Lösung spricht sich *Rintelen* (S. 47) aus: „Das vielfach von ausländischen Rechten angenommene Prinzip, Gerichtsmaßnahmen von besonderen Tatbeständen oder der Initiative der zu Schützenden abhängig zu machen, z. B. vom Eintritt einer besonderen Gefahr (vgl. § 1960 BGB), bietet die Schwierigkeit, daß häufig der Gefährdete von der Gefahr nichts weiß oder nicht entsprechend vertreten erscheint, um seine bezüglichen Rechte wahrzunehmen." Im Hinblick auf das deutsche Recht wird man diese Einwendungen nicht für gerechtfertigt zu halten haben.

Wächter (Abt. 1, S. 443) weiß zu berichten, daß bereits im Jahr 1620 Klage geführt wird, daß man die Bestimmungen über Verlassenschaftsverzeichnisse einschärfen müsse, „weil die Untertanen sich nicht an die Vorschriften gewöhnen".

Unser Gesetzgeber hat in Art. 140 EG BGB und § 192 FGG zugelassen, daß eine weitergehende amtliche Nachlaßfürsorge nach landesgesetzlichen Vorschriften erfolgen kann[490]).

III. Abschließende Gesamtwürdigung.

Nachdem wir die Verlassenschaftsabhandlung untersucht und einer kritischen Wertung unterzogen haben, können wir zurückkehren zur Gesamtwürdigung des Rechts des Erbschaftserwerbes. Wir hatten erkannt, daß die Verlassenschaftsabhandlung erheblichen Beanstandungen ausgesetzt ist, daß sie aber nicht reformiert, sondern mit Rücksicht auf ihren unlöslichen Zusammenhang mit dem materiellen Recht des ABGB beibehalten wurde. Danach dürfen wir wohl die Feststellung treffen, daß die österreichischen Bestimmungen über den Erbschaftserwerb, in ihrer Gesamtheit betrachtet, Kritik verdienen.

Und nunmehr erscheint die oben schon erwähnte einfache Folgerung als Abschluß unseres rechtspolitischen Ausblickes angebracht, daß der Regelung des BGB, die, von den gerügten kleinen Teilfragen abgesehen, hinsichtlich des angenommenen Anfallgrundsatzes während ihrer 40jährigen Geltung keinen Anlaß zu Aussetzungen gegeben hat, in einem künftigen einheitlichen Erbrecht Großdeutschlands der Vorzug gegeben werden möge.

---

[490]) S. dazu *Staudinger-Keidel,* Art. 140 EG

Lebenslauf

Am 5. Dezember 1913 wurde ich in Hergershausen, Kr. Rotenburg a. F., geboren. Außer meinen Eltern — mein Vater zog als Beamter in die Stadt — sind meine Vorfahren väterlicher- und mütterlicherseits durchweg Bauern gewesen, die ihre Höfe im kurhessischen Land hatten. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule zu Kassel-R kam ich 1924 auf die jetzige Hermann-Göring-Schule zu Kassel, an der ich 1933 die Reifeprüfung bestand. Nach viersemestrigem juristischen Studium in Marburg ging ich in den Arbeitsdienst und anschließend ein Jahr freiwillig zum Militär. Nach dieser Unterbrechung setzte ich in München und Marburg meine Studien fort und legte nach drei weiteren Semestern die Erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Kassel ab. Anschließend war ich als Fakultätsassistent bei der Juristischen Fakultät Marburg und als Referendar am Amts- und am Landgericht in Marburg tätig. Der Doktorprüfung unterzog ich mich am 22. April 1939. Seit Kriegsbeginn stehe ich als Unteroffizier an der Front.